

TRIBUNAL ARBITRAL

de

Odicco Ltda.

Contra

**Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda
Nueva administrado por Fidubogotá S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Índice

	Pág.
I.- Antecedentes y trámite procesal _____	9
1. Clausula Compromisoria _____	9
2. Partes y Representantes _____	11
3. Convocatoria del Tribunal y etapa introductoria del proceso _____	12
4. La Controversia _____	16
4.1 La Demanda Principal Reformada _____	16
4.1.1 Pretensiones _____	16
4.1.2 Hechos _____	27
4.2 Contestación de la Demanda Reformada por parte de la Convocada y formulación de Excepciones _____	28
4.2.1 Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio _____	28
4.2.2 Las Excepciones formuladas _____	28
4.3 La Demanda de Reconvención Reformada _____	29
4.3.1 Pretensiones _____	29
4.3.2 Hechos _____	32
4.4 La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada y formulación de Excepciones _____	33
4.4.1 Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio _____	33
4.4.2 Las Excepciones formuladas _____	33
5. Primera Audiencia de Trámite y Etapa Probatoria _____	35
5.1 Primera Audiencia de Trámite _____	35
5.2 Etapa Probatoria _____	35

Tribunal Arbitral de
Odicco Ltda
Contra
Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.

5.2.1	Pruebas documentales	35
5.2.2	Dictámenes Periciales de parte	36
5.2.3	Exhibición de Documentos	36
5.2.4	Testimonios	37
5.2.5	Videograbación	38
6.	Alegatos de conclusión	38
7.	Término de duración del proceso	38
II.-	Consideraciones del Tribunal	39
1.	Presupuestos procesales	39
2.	La Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva	41
3.	La tacha de los testigos Alberto Díaz Benjumea y Rafael Fernando Escobar Llanos formulada por la Parte Convocada	46
4.	Cuestiones Previas	48
4.1	Naturaleza jurídica del Contrato de Obra No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015	48
4.2	Contrato de Obra a Precio Global Fijo	50
III.-	Consideraciones relacionadas con la Demanda Principal	57
1.	Primer problema jurídico: ¿El objeto del Contrato de Obra incluía dentro de su alcance obligaciones de diseño de la red de alcantarillado del Proyecto? Si la respuesta es negativa, ¿tiene Odicco derecho a que se le reconozcan los valores incurridos para la elaboración de estos diseños?	57
1.1	Argumentos de la Parte Convocante	58
1.2	Posición de la Parte Convocada	63
1.3	Posición del Agente del Ministerio Público	65
1.4	Consideraciones del Tribunal	66

Tribunal Arbitral de
Odicco Ltda
Contra
Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.

1.4.1	Naturaleza jurídica del Contrato _____	66
1.4.2	El Contrato a Precio Global _____	67
1.4.3	Obligaciones del Urbanizador _____	67
1.4.4	La construcción del colector de aguas servidas es obra adicional _____	70
1.4.5	El diseño del colector como obra adicional _____	71
1.4.6	El valor del diseño del colector _____	79
2.	Segundo problema jurídico: ¿El objeto del Contrato de Obra incluía dentro de su alcance la tala o traslado de individuos arbóreos? Si la respuesta es negativa, ¿tiene Odicco derecho a que se le reconozcan los valores incurridos por la tala? _____	83
2.1	Posición de la Convocante _____	84
2.2	Posición de la Convocada _____	85
2.3	Posición del Agente del Ministerio Público _____	88
2.4	Consideraciones del Tribunal _____	88
2.4.1	Conceptos de tala y desraizada _____	88
2.4.2	La labor desarrollada por el Contratista y sus consecuencias a la luz del Contrato _____	92
2.4.3	El pago de la tala de árboles _____	93
2.4.5	Las cotizaciones _____	95
2.4.6	Contrato adicional y actividades adicionales _____	98
2.4.7	Definición del Tribunal acerca del precio de la tala de árboles _____	99
3.	Tercer problema jurídico: ¿Incurrió el Patrimonio Autónomo en incumplimiento del Contrato de Obra por entregar tardíamente el lote? En caso afirmativo, ¿tiene derecho Odicco a que se le reconozcan gastos adicionales incurridos por este concepto? _____	101
3.1	Posición de la Convocante _____	104
3.2	Posición de la Convocada _____	106

3.3	Posición del Agente del Ministerio Público _____	109
3.4	Consideraciones del Tribunal _____	109
3.4.1	El término del Contrato y la entrega del predio _____	110
3.4.1.1	El término del Contrato _____	110
3.4.1.2	La entrega del predio _____	112
3.4.2	Los Perjuicios _____	119
3.4.3	Las Excepciones formuladas por la Convocada _____	124
4.	Cuarto problema jurídico: ¿El objeto del Contrato de Obra incluía dentro de su alcance la construcción de muros de contención? Si la respuesta es negativa, ¿tiene Odicco derecho a que se le reconozcan los valores incurridos por este concepto? _____	126
4.1	Posición de la parte Demandante _____	128
4.2	Posición de la parte Demandada _____	130
4.3	Posición del Agente del Ministerio Público _____	133
4.4	Consideraciones _____	133
4.4.1	La inclusión de un presupuesto para muros de contención en el esquema financiero contemplado en los Estudios Técnicos _____	133
4.4.2	La previsión de la necesidad de hacer muros de contención _____	134
4.4.3	La necesidad de construir obras de mitigación al proyecto, que surgió durante la ejecución del mismo _____	137
4.4.4	Los llamados "muros entre torres" _____	139
4.4.4.1	Lo que dicen los peritos _____	140
4.4.4.2	Las consideraciones del Tribunal _____	144
5.	Quinto problema jurídico: ¿Incurrió el Patrimonio Autónomo en incumplimiento del Contrato de Obra por no haber pagado los conceptos relativos a las Fases 1, 2, 3 y 4 del proyecto? En caso afirmativo, ¿tiene derecho Odicco a que se le reconozcan pagos por este concepto? _____	154

Tribunal Arbitral de
Odicco Ltda
Contra
Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.

5.1	Posición de la parte Demandante _____	155
5.2	Posición de la parte Demandada _____	156
5.3	Consideraciones _____	157
6.	Sexto problema jurídico: ¿Tiene derecho Odicco a que le indemnice por las sumas adicionales en las que pudo haber incurrido por mayores cantidades de la actividad "excavación mecánica material común, cortes de taludes y Retiro – Sector 1"? ¿Tiene derecho Odicco a algún pago adicional por concepto de "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación mezclado con B.200 para terrazas" _____	165
6.1	Posición de la parte Demandante _____	167
6.2	Posición de la parte Demandada _____	169
6.3	Planteamiento del Ministerio Público _____	170
6.4	Consideraciones _____	170
7.	Séptimo problema jurídico: ¿Tiene derecho Odicco a pagos adicionales asociados a la empradización pilotaje y movimiento de tierras para estabilizar muro M-10? _____	179
7.1	Posición de la parte Convocante _____	180
7.2	Posición de la parte Demandada _____	181
7.3	Consideraciones _____	181
IV.-	Consideraciones relacionadas con la Demanda de Reconvención _____	185
1.	¿Incumplió Odicco con sus obligaciones en las Fases iniciales del Contrato de Obra porque proyectó un inexacto presupuesto de obra y porque realizó estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las condiciones reales de ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato? _____	187
1.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	187

1.2	Posición de la Demandada en Reconvención _____	188
1.3	Consideraciones del Tribunal _____	190
2.	¿Incumplió Odicco el Contrato al haber “demoras injustificadas para la expedición de licencias y permisos, exigidos por la normativa para la ejecución del Contrato”? _____	192
2.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	192
2.2	Posición de la Demandada en Reconvención _____	193
2.3	Posición del Agente del Ministerio Público _____	195
2.4	Consideraciones del Tribunal _____	195
3.	¿Incumplió Odicco “los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3, y 4”? ¿Dejó Odicco de dar “cumplimiento total a la obligación contenida en el artículo segundo del Contrato de Obra, toda vez que, a la fecha no ha cumplido con la totalidad de las obligaciones previstas en el Anexo Técnico y en el Pliego de Condiciones para las Fases 2, 3 y 4” _____	200
3.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	200
3.2	Posición de la Convocada en Reconvención _____	201
3.3	Posición del Agente del Ministerio Público _____	203
3.4	Consideraciones del Tribunal _____	203
4.	¿Incumplió Odicco con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de la Fase 5 del mismo? _____	205
4.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	205
4.2	Posición de la Demandada en Reconvención _____	206
4.3	Consideraciones del Tribunal _____	207
5.	“¿Incumplió y violó el objeto contractual” Odicco al “pretender del Contratante rubros adicionales que desconocen la fórmula precio global fijo sin fórmula de reajuste?” _____	208
5.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	208

Tribunal Arbitral de
Odicco Ltda
Contra
Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.

5.2	Posición de la Demandada en Reconvención _____	208
5.3	Consideraciones del Tribunal _____	209
6.	¿Violentó Odicco los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales al guardar silencio respecto de sus reclamaciones económicas, en el momento de celebrar los Otrosíes No. 1, 2, 3, 4 y 5? _____	210
6.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	210
6.2	Posición de la Demandada en Reconvención _____	211
6.3	Consideraciones del Tribunal _____	212
7.	¿Es aplicable la cláusula penal contemplada en los Pliegos de Condiciones? O, por el contrario, ¿es aplicable la contemplada en la Cláusula Décima Primera del Contrato? ¿Tiene el Patrimonio Autónomo derecho que se reconozca en su favor el pago de la cláusula penal que sea aplicable? _____	216
7.1	Posición de la Demandante en Reconvención _____	216
7.2	Posición de la Demandada en Reconvención _____	217
7.3	Posición del Agente del Ministerio Público _____	218
7.4	Consideraciones del Tribunal _____	218
V.-	Pronunciamiento sobre las Excepciones planteadas respecto de todas las Pretensiones de la Demanda Principal Reformada _____	224
VI.-	Los juramentos estimatorios contenidos respectivamente en la Demanda Principal Reformada y en la Demanda de Reconvención Reformada _____	225
VII.-	Costas y gastos del proceso _____	229
VIII.-	Parte Resolutiva _____	230

TRIBUNAL ARBITRAL

de

Odicco Ltda.

Contra

**Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda
Nueva administrado por Fidubogotá S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **Odicco Ltda.** (en adelante también "Odicco", "la demandante" o "la Convocante") y **Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.** (en adelante también "la demandada" o "la Convocada"), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva, el conflicto planteado en la demanda arbitral y en la demanda de reconvención, así como en sus respectivas contestaciones, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

1. CLAUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria que dio lugar al presente trámite está contenida en la Cláusula Vigésima Quinta del "*CONTRATO DE OBRA CIVIL No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 DE 2015*" suscrito el 24 de agosto de 2015, que en su tenor literal dispone:

"SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

CLÁUSULA COMPROMISORIA

(...)

"Tribunal de Arbitramento. Las controversias de naturaleza legal relacionadas con la celebración, interpretación, aplicación o ejecución de este negocio jurídico y en general, las controversias que no se consideren de naturaleza técnica y que no hayan sido resueltas de acuerdo con la intervención del Amigable Componedor, se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento. En caso de desacuerdo entre las Partes sobre la calificación de la controversia (bien sea controversia legal o técnica) dicho desacuerdo deberá ser resuelto por un Tribunal de Arbitramento en derecho, que asumirá la competencia, de fondo, del conflicto y podrá contar con auxiliares técnicos durante el trámite arbitral.

"El tribunal de arbitramento funcionará por conducto del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá, que es a su vez sede del domicilio contractual, y estará formado por tres (3) árbitros abogados, nombrados por dicho Centro de Conciliación y Arbitraje, el cual funciona en la misma ciudad, siguiendo para tales efectos las reglas de conciliación y arbitraje de dicha entidad. El Tribunal, de carácter institucional, deberá decidir en derecho con fundamento en la normatividad jurídica vigente de la República de Colombia. La decisión de los árbitros será definitiva y vinculante para las Partes y prestará mérito ejecutivo para el cumplimiento de este negocio jurídico. El tribunal de Arbitramento se regirá por lo dispuesto en las normas jurídicas vigentes. Las cuestiones internas del Tribunal se sujetarán a las reglas del citado Centro.

"Los gastos y honorarios del tribunal de arbitramento y las costas deberán ser pagadas por las partes en la forma como decida el tribunal.

"La intervención del Amigable Componedor o del Tribunal de Arbitramento, no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos y

exclusivamente en los frentes de obra cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia”.²

2. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

- 2.1.** La parte Convocante es la sociedad **Odicco Ltda.**, constituida mediante Escritura Pública No. 0000526 de la Notaría Segunda de Cúcuta, inscrita el 30 de mayo de 1985 bajo el No. 00850407 del Libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Cúcuta, Departamento de Santander, representada legalmente por el señor **Luis Alfredo Quintero Torrado**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta³.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por la abogada **Adriana Sánchez González**, de acuerdo con el poder visible a folio 56 del Cuaderno Principal No. 1, y por el abogado **Jorge Enrique Santos Rodríguez**, de acuerdo con el poder visible a folio 116 del Cuaderno Principal No. 1, a quienes se les reconoció personería para actuar mediante Auto No. 1 proferido el 20 de septiembre de 2017 (Acta No. 1)⁴.

- 2.2.** La parte Convocada es el **Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva, administrado por Fiduciaria Bogotá S.A.**, sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 3178 de 30 de septiembre de 1991 de la Notaría 11 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por la señora **Ana Isabel Cuervo Zuluaga**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia⁵.

En este trámite arbitral la parte Convocada está representada judicialmente por el abogado **Francisco Ternerá Barrios**, de acuerdo con el poder visible a folio

² Cuaderno de Pruebas No. 1 - Folio 104.

³ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 57 a 62.

⁴ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 113.

⁵ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 230.

229 del Cuaderno Principal No. 1, a quien mediante Auto No. 7 proferido el 8 de junio de 2018 (Acta No. 6), se le reconoció personería para actuar⁶.

- 2.3.** En virtud de lo dispuesto por el Tribunal mediante el Auto No. 3 de DOS DE OCTUBRE DE 2017, la demanda fue notificada a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de defensa jurídica del Estado. Como consecuencia de tal actuación, el Ministerio Público ha intervenido en el proceso a través del doctor **Álvaro Raúl Tobo Vargas**, Procurador Noveno Judicial II Administrativo.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

- 3.1.** El 26 de julio de 2017 la parte Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria del Tribunal Arbitral⁷.
- 3.2.** El 1º de agosto de 2017, mediante sorteo público el Centro de Arbitraje y Conciliación designó como Árbitros a los doctores Felipe Cuberos de Las Casas, Manuel Urueta Ayola y Álvaro Mendoza Ramírez, quienes aceptaron su nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.3.** El 20 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁸, en la que mediante Auto No. 1 este se declaró legalmente instalado, designó al doctor Felipe Cuberos de Las Casas como Presidente, nombró como Secretario al doctor Roberto Aguilar Díaz, fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría y reconoció personería a los apoderados principal y sustituto de la parte Convocante. Adicionalmente, mediante Auto No. 2, admitió la demanda y ordenó la notificación personal y traslado a la Convocada, lo cual se surtió en la misma fecha⁹.

⁶ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 331 a 332.

⁷ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 1 a 55.

⁸ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 112 a 115.

⁹ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 127.

- 3.4.** El 25 de septiembre de 2017¹⁰, la parte Convocante presentó una solicitud de notificación de la demanda al Ministerio Público, por considerar que la parte Convocada es un sujeto privado que ejerce funciones administrativas. En tal virtud, mediante Auto No. 3 proferido el 2 de octubre de 2017 (Acta No. 2)¹¹, el Tribunal ordenó la notificación del auto admisorio al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE.
- 3.5.** Mediante Auto No. 2 proferido el 2 de octubre de 2017, el Tribunal consideró que la naturaleza del trámite como arbitraje público es discutible, y precisó que la controversia no versa propiamente sobre el ejercicio de facultades administrativas encomendadas a un particular, como lo es la sociedad Convocada, sino sobre la celebración y ejecución del contrato suscrito por el Patrimonio autónomo que esta administra, No obstante lo anterior, consideró conveniente vincular al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y para tal efecto ordenó que les fuera notificado el auto admisorio de la demanda y que se les corriera el traslado correspondiente.
- 3.6.** El 10 de octubre de 2017, el doctor Roberto Aguilar Díaz, Secretario designado, declinó su aceptación, por lo cual mediante Auto No. 3 proferido el 18 de octubre de 2017 (Acta No. 2)¹² el Tribunal designó como Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, quien aceptó el nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.7.** El 19 de octubre de 2017, en forma oportuna la parte Convocada contestó la demanda¹³ y formuló demanda de reconvención¹⁴.
- 3.8.** Durante el periodo comprendido entre el 23 de noviembre y el 14 de diciembre de 2017, en los términos del artículo 612 del C.G.P. por Secretaría se procedió a la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE ¹⁵, con lo cual operó la

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 129 a 131.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 132 a 133.

¹² Cuaderno Principal No. 1 - Folios 138 a 139.

¹³ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 163 a 228.

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 236 a 253.

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 161.

suspensión del término prevista en tal norma, la cual venció el 24 de enero de 2018. Posteriormente corrió el término de traslado de la demanda el cual venció el 21 de febrero de 2018.

- 3.9.** Mediante Auto No. 4 proferido el 6 de marzo de 2018 (Acta No. 3)¹⁶, el Tribunal inadmitió la demanda de reconvención por no cumplir con los requisitos contemplados en los numerales 7 y 8 del artículo 82 del C.G.P.
- 3.10.** El 13 de marzo de 2018, en la debida oportunidad, la parte Convocada subsanó la demanda de reconvención¹⁷, con motivo de lo cual, mediante Auto No. 5 proferido el 23 de marzo de 2018 (Acta No. 4)¹⁸, el Tribunal la admitió y ordenó su correspondiente traslado, el cual se surtió el 5 de abril de 2018¹⁹.
- 3.11.** El 5 de junio de 2018, en la oportunidad debida, la parte Convocante contestó la demanda de reconvención²⁰.
- 3.12.** Mediante Auto No. 8 proferido el 8 de junio de 2018 (Acta No. 6)²¹ se corrió traslado de las excepciones y de las objeciones al juramento estimatorio, formuladas en las contestaciones de la demanda principal y de la demanda de reconvención.
- 3.13.** Encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, las partes recorrieron el traslado de las excepciones y de las objeciones al juramento estimatorio respectivamente formuladas²².

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 254 a 260.

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 262 a 266.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 267 a 268.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1 - Folio 270.

²⁰ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 282 a 330.

²¹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 331 a 332.

²² Cuaderno Principal No. 1 - Folios 349 a 415.

- 3.14.** El 15 de agosto de 2018, en forma oportuna, las partes presentaron sus respectivos escritos de Demanda Principal Reformada y de la demanda de reconvencción²³.
- 3.15.** Mediante Auto No. 12 proferido el 31 de agosto de 2018 (Acta No. 9)²⁴, el Tribunal inadmitió las reformas de la demanda principal y de la demanda de reconvencción, las cuales fueron respectivamente subsanadas en tiempo por las partes y en consecuencia fueron admitidas por el Tribunal mediante Auto No. 14 proferido el 27 de septiembre de 2018 (Acta No. 11)²⁵ en el que además se ordenó el traslado establecido en la ley.
- 3.16.** El 23 de octubre de 2018 la parte Convocada contestó la demanda reformada²⁶ en tanto que el 2 de noviembre de 2018 la parte Convocante contestó la Demanda de Reconvencción Reformada²⁷.
- 3.17.** Mediante Auto No. 16 proferido el 21 de noviembre de 2018 (Acta No. 13)²⁸, el Tribunal corrió traslado de las excepciones y de las objeciones al juramento estimatorio formuladas en las contestaciones de la demanda principal y de la Demanda de Reconvencción Reformadas, traslado que fue respectivamente descorrido por las partes en la debida oportunidad.
- 3.18.** El 10 de diciembre de 2018 (Acta No. 14)²⁹ se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que las partes no lograron acuerdo conciliatorio alguno, por lo cual mediante Auto No. 18 proferido en la misma fecha, el Tribunal fijó las sumas de gastos y honorarios del proceso, montos que en ese momento fueron pagados en su totalidad por la parte Convocante. En correo electrónico de fecha 20 de junio de 2019 la parte

²³ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 1 a 113.

²⁴ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 114 a 120.

²⁵ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 139 a 141.

²⁶ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 172 a 248.

²⁷ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 249 a 326.

²⁸ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 327 a 329.

²⁹ Cuaderno Principal No. 2 - Folios 414 a 419.

Convocada indicó que su poderdante hizo el reembolso a la Convocante de las sumas pagadas por esta en su nombre. Al escrito se anexo un "comprobante de causación" de fecha 8 de marzo de 2019. Esta información fue confirmada por la parte Convocante en correo electrónico de fecha 13 de septiembre de 2019.

4. LA CONTROVERSIA

4.1. La Demanda Principal Reformada

4.1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos planteados en la demanda y en la normatividad invocada, la Convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas³⁰:

"a. Pretensiones relacionadas con la elaboración de diseños y construcción de las obras de la red de alcantarillado

"Primera. Que se declare que el "Alcance del Objeto" del Contrato de Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045, en relación con las obligaciones de diseño y construcción de la red de alcantarillado por parte de Odicco Ltda., se extiende únicamente al diseño y construcción de la red de alcantarillado que se encuentra dentro del Proyecto "La Arboleda Santa Teresita", de conformidad con lo establecido en los numerales 1.2 y 2 del Pliego de Condiciones del Contrato de Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015.

"Segunda. Que se declare que ni en los Estudios Previos, ni en el Pliego de Condiciones, Anexo Técnico, y Contrato de Obra se indicó la necesidad de elaborar el diseño y construcción de la red externa de alcantarillado por lo cual Odicco se abstuvo de incluir dicho rubro dentro de su oferta que correspondiera a dicho concepto.

³⁰ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 101 a 106.

"Tercera. Que se declare que la obligación de elaboración de diseños y construcción de la red externa de alcantarillado, es decir, por fuera del Proyecto no está en cabeza de Odicco de conformidad con lo previsto en la norma técnica NS-068 de la EAAB y el numeral 7 del Decreto 3050 de 2013.

"Cuarta. Que se declare que la obligación de elaboración de diseños y construcción de la red externa de alcantarillado es una obligación adicional al Contrato de Obra de conformidad con el contenido obligacional del Contrato de Obra y lo aprobado por la Interventoría.

"Quinta. Que se declare que Odicco elaboró los diseños para la red externa de alcantarillado para no afectar la entrega de las viviendas y sus beneficiarios del Contrato de Obra.

"Sexta. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco la suma de CIENTO OCHENTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$180.596.631) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de la elaboración de los diseños para la red externa del alcantarillado del Contrato Obra.

"Séptima. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

"b. Pretensiones relacionadas con la tala de árboles.

"Octava. Que se declare que la actividad a cargo de Odicco Ltda. relacionada con la tala o traslado de individuos arbóreos, constituye una actividad adicional al Contrato Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 3.1 del mencionado Contrato.

"Novena. Que se declare que la Fiduciaria Bogotá vocera del Patrimonio Autónomo realizó un estudio de mercado para la tala de individuos arbóreos sin tener en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar del Proyecto.

"Décima. Que se declare que el Patrimonio Autónomo limitó la aprobación de la actividad de tala de individuos arbóreos en el sentido de que Odicco debía adecuar la cotización presentada y aprobada por la Interventoría a un valor irrisorio de \$21.975.006 M/CTE que arrojó el supuesto estudio de mercado.

"Décima Primera. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS (\$181.055.846) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de ejecutar la actividad de tala o traslado de 85 individuos arbóreos del Contrato Obra.

"Décima Segunda. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo Fideicomiso a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

"c. Pretensiones relacionadas con el reajuste por la entrega tardía del lote

"Décima Tercera. Que se declare que el Patrimonio Autónomo incumplió la obligación prevista en el numeral 5.8 de la cláusula quinta del Contrato de obra, toda vez que el predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 050S-40659445 ubicado en la TV 15 ESTE 61A-10 sur donde se ejecuta el Proyecto, se entregó de manera incompleta a Odicco el 30 de septiembre de 2015.

"Décima Cuarta. Que se declare que el Patrimonio Autónomo se obligó mediante Acta de Entrega Material de 30 de septiembre de 2015 a realizar el reasentamiento de la comunidad asentada en el Sector 1 del Proyecto para que Odicco realizara la ejecución de las obras contenida en las Fases 1, 2, 3, y 4 del Proyecto.

"Décima Quinta. Que se declare que el predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 050S-40659445, ubicado en la TV 15 ESTE 61A-10 del barrio Arboleda Santa Teresita, de la localidad de San Cristóbal no fue entregado a tiempo por parte de la CVP y el Fideicomiso - Fidubogotá S.A – Proyecto Construcción Vivienda Nueva representado por La Fiduciaria Bogotá S.A. a Odicco Ltda., teniendo en cuenta que la entrega material (parcial) del predio fue hecha solo hasta el día 30 de enero de 2017.

"Décima Sexta. Que se declare que al momento de realizar la entrega del Sector 1, es decir, mediante Acta de Entrega de 30 de enero de 2017, continuaba la presencia de familias que imposibilitaban la ejecución total de las actividades contenidas en las Fases 1, 2, 3 y 4.

"Décima Séptima. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que el Patrimonio Autónomo realizó la entrega total del predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 050S-40659445 ubicado en la TV 15 ESTE 61A-10 sur a Odicco hasta el día 18 de febrero de 2017.

"Décima Octava. Que se declare que Odicco solicitó a la Interventoría una nueva tasación de los precios definitivos de los 504 apartamentos que debían construirse en el Sector 1 del Proyecto, debido a que el precio varió por la mora en la entrega del predio.

"Décima Novena. Que como consecuencia de la declaración décima octava, se declare que la Interventoría aprobó los costos por reajuste del salario mínimo entre los años 2015 a 2017 por el valor de \$3.143.405.462 M/CTE.

"Vigésima. Que como consecuencia de las declaraciones décima quinta, décima sexta y décima octava, se declare que Odicco incurrió en gastos adicionales para la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Sector 1 del Contrato Obra.

"Vigésima Primera. Que, como consecuencia de lo anterior, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco los gastos adicionales en los que incurrió, con motivo de la entrega tardía del predio, los cuales difieren y no hacen parte de los pactados inicialmente en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Obra, entre otros y sin limitarse:

- El mayor valor derivado de la variación de las cotizaciones que existió entre los años 2015 y 2017, así como el cambio en el costo del IVA.

- El mayor valor derivado de la variación de los salarios mínimos que existió entre los años 2015 y 2017, los cuales ascienden a la suma de TRES MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$3.143.405.462) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso.

- Los gastos legales incurridos entre los meses de abril de 2017 y marzo de 2017, los cuales ascienden a la suma de CIENTO TREINTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$131.839.539) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso.

- Los gastos administrativos incurridos entre febrero de 2017 a junio de 2017, los cuales ascienden a la suma de DOSCIENTOS NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL VEINTIDÓS DOS PESOS (\$209.456.022) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso.

- Los gastos por concepto de 120 horas de stand by de las maquinas retroexcavadora 320 DL, Pajarita 420 D, Pajarita 420 E, Vibro compactador, entre los periodos comprendidos del 1 de julio de 2016 al

31 de enero de 2017, los cuales ascienden a la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS (\$477.456.000.) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso.

"Vigésima Segunda. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

"d. Pretensiones relacionadas con los muros de contención realizados

"Vigésima Tercera. Que se declare que dentro el esquema financiero realizado en los Estudios Técnicos elaborados por la Fiduciaria Bogotá como vocera del Patrimonio Autónomo se encontraba prevista la construcción de muros de contención.

"Vigésima Cuarta. Que se declare que la construcción de muros de contención no fue prevista dentro del esquema financiero del Pliego de Condiciones de la Invitación Privada No. 001 de 2015 realizado por el Patrimonio Autónomo.

"Vigésima Quinta. Que se declare que ni en los Estudios Previos, ni en el Pliego de Condiciones, Anexo Técnico, y Contrato de Obra se indicó la necesidad de construir muros de contención por lo cual Odicco se abstuvo de incluir dicho rubro dentro de su oferta que correspondiera a dicho concepto.

"Vigésima Sexta. Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra, surgió la necesidad de realizar obras de mitigación al Proyecto, esto es, la construcción de muros de contención como obras adicionales al Contrato de Obra tal y como lo indica el Otrosí No. 6.

"Vigésima Séptima. Que como consecuencia a la declaración vigésima sexta, se declare que la construcción de muros de contención son obras

adicionales y necesarias para la correcta ejecución del Contrato Obra, por lo cual, Odicco se vio en la imperiosa necesidad de construir dichas obras de contención.

"Vigésima Octava. Que se declare que, como consecuencia de la construcción de los muros de contención, Odicco Ltda. incurrió en gastos adicionales en la ejecución del Contrato Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015.

"Vigésima Novena. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco los gastos adicionales en los que incurrió con motivo de la construcción de los 36 muros de contención, los cuales difieren y no hacen parte de los pactos (sic) inicialmente en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Obra, entre otros y sin limitarse:

- El valor de MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1.254.168.000) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente a la construcción de los 36 muros de contención necesarios para la ejecución del Contrato Obra.

- La suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS NOVENTA (\$34.370.690) (sic) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, por concepto de diferencia de IVA en los estudios y diseños de los muros de contención, y

- La suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$39.656.640) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, por concepto diferencia en el IVA en los contratos de construcción por la realización de los muros de contención

"Trigésima. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

"e. Pretensiones relacionadas con los pagos de las Fases 1, 2, 3 y 4

"Trigésima Primera. Que se declare que Odicco Ltda. cumplió completamente las fases 1, 2, 3, y 4, las cuales fueron debidamente certificadas y aprobadas por la Interventoría.

"Trigésima Segunda. Que se declare que el Patrimonio Autónomo certificó y canceló a la Interventoría el tercer pago correspondiente a la finalización de la Fase 3 del Proyecto.

"Trigésima Tercera. Que como consecuencia a las declaraciones trigésima primera y trigésima segunda anteriores, se declare que el Patrimonio Autónomo de forma caprichosa y en contravía de la certificación de cumplimiento emitida por la Interventoría y certificación emitida por él mismo, tan solo hasta el 26 de marzo de 2018 pagó a Odicco el 85% del valor de la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto.

"Trigésima Cuarta. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES TRECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$281.380.862) o la suma que se demuestre en el proceso, por concepto del desbalance de pagos generado al no realizar el pago de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto.

"Trigésima Quinta. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

"f. Pretensiones relacionadas con el movimiento de tierra del sector 1 del Proyecto "La Arbolada Santa Teresita"

"Trigésima Sexta. Que se declare que los volúmenes iniciales del Ítem "excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1" se establecieron por parte de Odicco teniendo en cuenta que la entrega del Sector 1 del Proyecto se realizaría el 30 de septiembre de 2015.

"Trigésima Séptima. Que se declare que el Sector 1 del Proyecto, fue entregado por el Patrimonio Autónomo a Odicco de manera total el hasta el 18 de febrero de 2017.

"Trigésima Octava. Que se declare que la precipitación de lluvias fue superior a los promedios que el IDEAM calculó para los años 2016 y 2017.

"Trigésima Novena. Que se declare que como consecuencia de las declaraciones trigésima quinta, trigésima sexta, y trigésima séptima, Odicco realmente ejecutó la "excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1" de 64.533,41 M3.

"Cuadragésima. Que se declare que el Patrimonio Autónomo es responsable de la suma adicional en que incurrió Odicco en la ejecución del Contrato de Obra derivada de la mayor cantidad de la actividad de "excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1", por la entrega tardía del Sector 1 del Proyecto.

"Cuadragésima Primera. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS (\$2.888.967.166) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto del mayor volumen de "excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1" del Contrato Obra.

"Cuadragésima Segunda. Que se declare que inicialmente el ítem "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas" no fue previsto por parte del presupuesto realizado por Odicco.

"Cuadragésima Tercera. Que se declare que el "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas" era necesario para el mantenimiento y, correcta ejecución del Contrato Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015, pero no forman parte del alcance del objeto del mismo.

"Cuadragésima Cuarta. Que se declare que el "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas" fue realizado por parte de Odicco con la finalidad de ejecutar en debida forma el Contrato de Obra.

"Cuadragésima Quinta. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$342.873.368) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de realizar la actividad del "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas" del Contrato Obra.

"Cuadragésima Sexta. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

"g. Pretensiones relacionadas con el movimiento de tierra del sector 2 del Proyecto por la saturación del terreno ocasionada por lluvias y continuos daños en la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey

"Cuadragésima Séptima. Que se declare que en virtud del Otrosí No.6 al Contrato de Obra., Odicco realizó obras adicionales de mitigación para la estabilidad del Proyecto, dentro de las cuales se encontraba la construcción de los muros de contención M1-M2-M3-M4-M5-M6-M7-M8-M9-M10-M11.

"Cuadragésima Octava. Que se declare que la construcción de los muros de contención M1-M2-M3-M4-M5-M6-M7-M8-M9-M10-M11, fueron ejecutadas en debida forma por parte de Odicco de conformidad con las exigencias técnicas previstas en el Acta de Trabajos adicionales Contrato de Obra Civil No. CPS PCVN-3-1-30589-045-2015 de 4 de septiembre de 2017.

"Cuadragésima Novena. Que se declare que la precipitación de lluvias fue superior a los promedios que el IDEAM calculó para los años 2017 y 2018.

"Quincuagésima. Que se declare que la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey ha presentado diferentes rupturas o fugas de agua desde el 23 de noviembre de 2017 hasta el 29 de junio de 2018.

"Quincuagésima Primera. Que, como consecuencia de las declaraciones cuadragésima octava y cuadragésima novena, se declare que el muro 10 M-10 presentó desplazamientos que han deteriorado la estabilidad de mismo.

"Quincuagésima Segunda. Que, como consecuencia de las declaraciones cuadragésima octava, cuadragésima novena y quincuagésima, se declare que Odicco en virtud de la buena fe contractual se vio obligado a realizar obras adicionales que no estaban contempladas en el Otrosí No. 6 del Contrato de Obra para estabilizar el muro 10 M-10.

"Quincuagésima Tercera. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de QUINIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$530.000.000) o la suma que se demuestre en el proceso,

correspondiente al valor en que incurrió Odicco., como efecto de actividad de empradización, pilotaje y movimiento de tierras para estabilizar el muro 10 M-10

"Quincuagésima Cuarta. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley".

4.1.2. Hechos

La demanda contiene 155 hechos clasificados en las siguientes secciones³¹:

- a. *"Hechos de carácter general relacionados con el Contrato de Obra, y con el Contratista."*
- b. *"Hechos relacionados con las obligaciones del contratista referentes a la red externa de alcantarillado."*
- c. *"Hechos relacionados con la tala de árboles."*
- d. *"Hechos relacionados con el reajuste por la entrega tardía del lote."*
- e. *"Hechos relacionados con los muros de contención realizados."*
- f. *"Hechos relacionados con los pagos de las Fases 1, 2, 3, y 4 del Proyecto."*
- g. *"Hechos relacionados a las obras de urbanismo, en específico, los movimientos de tierra del Sector 1 del Contrato de Obra."*
- h. *"Hechos relacionados con el movimiento de tierra del sector 2 del Proyecto por la saturación del terreno ocasionada por lluvias y continuos daños en la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey."*

³¹ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 64 a 101.

4.2. Contestación de la Demanda Reformada por parte de la Convocada y formulación de Excepciones.

4.2.1. Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio

La Convocada contestó oportunamente la demanda reformada pronunciándose expresamente sobre cada uno de los hechos, aceptando como ciertos algunos, otros parcialmente y negando los demás. Adicionalmente se opuso a todas las pretensiones y objetó el juramento estimatorio contenido en la demanda reformada.

4.2.2. Las excepciones formuladas

Formuló las siguientes excepciones, clasificadas en grupos referidos a determinadas pretensiones en particular³²:

1. *"Excepción genérica."*
2. *"Respecto de todas las pretensiones":*
 - a. *"Falta de legitimación en la causa por activa";*
 - b. *"Excepción de inejecución";*
 - c. *"Compensación -pago de lo no debido";*
 - d. *"Mala fe en la interposición de las pretensiones-violación del acto propio";*
3. *"Respecto de las "pretensiones relacionadas con la elaboración de diseños y construcción de las obras de la red de alcantarillado":*
 - a. *"Existencia de la obligación de elaborar diseños de las obras de la red de alcantarillado"*
4. *"Respecto a: "Pretensiones relacionadas con la tala de árboles":*
 - a. *"Falta de aprobación de la obra adicional prevista."*

³² Cuaderno Principal No. 2 – Folios 209 a 243.

- b. *"Falta de acaecimiento de la condición suspensiva que da origen a la obligación adicional."*
- 5. *"Respecto de las "pretensiones relacionadas con el reajuste por la entrega tardía del lote":*
 - a. *"Aceptación por el contratista de la entrega parcial del inmueble y de la entrega total futura- aceptación del riesgo propuesto por la ocupación mínima del inmueble."*
 - b. *"La Convocante procede en contra de sus actos propios."*
 - c. *"Cobro de lo no debido."*
 - d. *"Nemo auditur suam turpitudinem allegans."*
 - (I) *"Retardo En la licencia de construcción."*
 - (II) *"Retardo en la aprobación de la prospección arqueológica."*
 - e. *"Mala fe en el cómputo de los valores reclamados."*
- 6. *"Respecto de los muros de contención":*
 - a. *"Falta de previsión del oferente en relación con las condiciones topográficas del terreno"*
- 7. *"Respecto a: "Pretensiones relacionadas con los pagos de las fases 1, 2, 3 y 4":*
 - a. *"Ausencia de las condiciones de exigibilidad para pago – incumplimientos del contratista -pago realizado por la Convocada en los términos del otrosí 9."*
- 8. *"Respecto a: "Pretensiones relacionadas con el movimiento de tierra del sector 1 del Proyecto La Arboleda Santa Teresita" y la "pretensión de estabilización del muro de contención 10 M-10":*
 - a. *"Ausencia de las condiciones de exigibilidad para pago."*
 - b. *"Nemo auditur suam turpitudinem allegans."*

4.3 La Demanda de Reconvención Reformada

4.3.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que más adelante se exponen y en la normatividad invocada en la demanda de reconvención, la Convocada ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas³³:

A. "PRETENSIONES PRINCIPALES

1. *"Que se declare que el Contratista incumplió las Fases iniciales del contrato de Obra porque proyectó un inexacto presupuesto de obra y porque realizó estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las condiciones reales de ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato.*
2. *"Que se reconozca que el Contratista incurrió en demoras injustificadas para la expedición de licencias y permisos, exigidos por la normativa para la ejecución del Contrato.*
3. *"Que se reconozca que el Contratista no cumplió con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4.*
4. *"Que se reconozca que el Contratista no dio cumplimiento total a la obligación contenida en el artículo segundo del Contrato de Obra, toda vez que, a la fecha, no ha cumplido con la totalidad de las obligaciones previstas en el Anexo Técnico y en el Pliego de Condiciones para las Fases 2, 3 y 4.*
5. *"Que se reconozca que el Contratista no cumplió con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de la Fase 5.*
6. *"Que se reconozca que el Contratista incumplió y violó el objeto contractual, establecido en el numeral 1.1. de los Pliegos, 3.1 de los Estudios Previos, su Propuesta Económica y la cláusula primera del Contrato de Obra, al pretender del Contratante rubros adicionales que desconocen la fórmula precio global fijo sin fórmula de reajuste.*
7. *"Que se reconozca que el Contratista violentó los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales al guardar silencio,*

³³ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 3 a 6.

respecto de sus reclamaciones económicas, en el momento de celebrar los Otrosíes No. 1, 2, 3, 4 y 5.

8. *"Que se reconozca que las Partes previeron expresamente las consecuencias patrimoniales del incumplimiento del Contratista, incluso parcial, de cualquiera de las obligaciones a su cargo.*
9. *"En tal virtud, que se ordene al Contratista, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo, pagar al Contratante la suma correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato como estimación anticipada de perjuicio establecida en los Pliegos.*
10. *"Que se condene al Contratista el pago de costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.*

B. "PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE PRIMER GRADO

1. *"Que se declare que el Contratista incumplió las Fases iniciales del Contrato de Obra porque proyectó un inexacto presupuesto de obra y porque realizó estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las condiciones reales de ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato.*
2. *"Que se reconozca que el Contratista incurrió en demoras injustificadas para la expedición de licencias y permisos, exigidos por la normativa para la ejecución del Contrato.*
3. *"Que se reconozca que el Contratista no cumplió con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4.*
4. *"Que se reconozca que el Contratista no dio cumplimiento total a la obligación contenida en el artículo segundo del Contrato de Obra, toda vez que, a la fecha, no ha cumplido con la totalidad de las obligaciones previstas en el Anexo Técnico y en el Pliego de Condiciones para las Fases 2, 3 y 4.*

5. *"Que se reconozca que el Contratista no cumplió con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de la Fase 5.*
6. *"Que se reconozca que el Contratista incumplió y violó el objeto contractual, establecido en el numeral 1.1. de los Pliegos, 3.1 de los Estudios Previos, su Propuesta Económica y la cláusula primera del Contrato de Obra, al pretender del Contratante rubros adicionales que desconocen la fórmula precio global fijo sin fórmula de reajuste.*
7. *"Que se reconozca que el Contratista violentó los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales al guardar silencio, respecto de sus reclamaciones económicas, en el momento de celebrar los Otrosíes No. 1, 2, 3,4 y 5.*
8. *"Que se reconozca que las Partes previeron expresamente, en aplicación de la cláusula décima primera del Contrato de Obra, una cláusula penal a cargo del Contratista por su incumplimiento, incluso parcial, de cualquiera de las obligaciones a su cargo.*
9. *"En tal virtud, que se ordene al Contratista, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo, pagar al Contratante la suma correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato.*
10. *"Que se condene al Contratista el pago de costas y agencias en derecho que se causen en el presente proceso.*
11. *"Que se condene al Contratista el pago de la Prueba Pericial realizada por la Sociedad Colombiana de Ingenieros."*

4.3.2. Hechos

La demanda de reconvención contiene 52 hechos³⁴ referidos a los siguientes temas:

³⁴ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 7 a 48.

- a. Antecedentes de la celebración del contrato, su suscripción, referencia a algunas de sus cláusulas, suscripción de Otrosíes y objeto de los mismos.
- b. Entrega de las Fases 1, 2, 3 y 4.
- c. Obtención de la licencia de construcción.
- d. Incumplimientos del Contratista y requerimientos que le fueron hechos.
- e. La pretendida entrega tardía del terreno para el Sector 1.
- f. Referencia al contenido de las pretensiones de la Demanda Principal Reformada.

4.4. La Contestación de la Demanda de Reconvención Reformada y formulación de Excepciones

4.4.1. Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio.

La Convocada en reconvención contestó oportunamente la Demanda de Reconvención Reformada pronunciándose expresamente sobre cada uno de los hechos, aceptando como ciertos algunos, negando otros y aceptando los demás parcialmente. En cuanto a las pretensiones, se pronunció sobre cada una de estas y se opuso a la prosperidad de todas. Adicionalmente objetó el juramento estimatorio contenido en la Demanda de Reconvención Reformada.

4.4.2. Las excepciones formuladas

Al contestar la demanda de reconvención Odicco formuló las siguientes excepciones³⁵:

- a. *"Primera Excepción. Incumplimiento del principio de planeación y del deber de información por parte del Patrimonio Autónomo";*

³⁵ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 290 a 324.

- b. *"Segunda Excepción: El Contrato de Obra bajo la modalidad a precio global no impide el reconocimiento de los mayores costos incurridos por Odicco durante la ejecución del Contrato 045 de 2012";*
- c. *"Tercera Excepción: Inexistencia de incumplimiento de la Fase 5 porque el Patrimonio Autónomo aceptó las entregas parciales de obra del Proyecto";*
- d. *"Cuarta Excepción: Excepción de Contrato no cumplido por falta de cumplimiento de la obligación de pago por parte del Patrimonio Autónomo por no pagar en su totalidad los productos recibidos";*
- e. *"Quinta Excepción: Inexistencia de incumplimiento de la obligación en cabeza de Odicco de ejecutar las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto, pues los productos fueron entregados oportunamente, recibidos por la Interventoría y pagados por el Patrimonio Autónomo";*
- f. *"sexta excepción: Inexistencia de incumplimiento de la obligación de trámite y obtención de las licencias urbanísticas, pues es de medio y no de resultado que se agota con la presentación de la solicitud de licencia ante la Curaduría Urbana y con el seguimiento del trámite, y porque el Contratante asumió el riesgo de la demora en el trámite de licencias";*
- g. *"Séptima Excepción: Violación del acto propio. El Patrimonio Autónomo y la CVP aprobaron los productos correspondientes a las Fases 1, 2, 3 y 4, y procedieron a hacer el correspondiente pago, sin reservas, observaciones o salvedades";*
- h. *"Octava Excepción: Inexistencia de incumplimiento de la exigencia de la prospección arqueológica por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH por violación de los deberes de planeación a cargo del Patrimonio Autónomo y buena fe de Odicco en cuanto a la necesidad de esos documentos";*
- i. *"Novena Excepción: La contradicción de la cláusula penal del Pliego de Condiciones y la cláusula penal del Contrato de Obra debe ser resuelta a favor de esta última"; y*

- j. *"Décima Excepción: Aplicación del principio de proporcionalidad en la tasación del valor de la cláusula penal."*

5. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y ETAPA PROBATORIA

5.1. Primera Audiencia de Trámite

El 7 de febrero de 2019 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, el Tribunal, mediante Auto No. 21 (Acta No. 16)³⁶, se declaró competente, con excepción de la pretensión décima quinta de la Demanda Principal Reformada, para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento, así:

"Sin perjuicio de lo que posteriormente se resuelva en el laudo, declararse competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, de las que dan cuenta la Demanda Principal y la Demanda de Reconvencción, en sus versiones reformadas, y sus respectivas contestaciones, excepto la pretensión décima quinta de la Demanda Principal Reformada, exclusivamente en lo que tiene que ver con la Caja de Vivienda Popular – CVP allí mencionada."

5.2. Etapa Probatoria

En la misma fecha, mediante Auto No. 23³⁷, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron como se indica a continuación:

5.2.1. Pruebas documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad.

³⁶ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 426 a 433.

³⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 436 a 443.

5.2.2. Dictámenes periciales de parte

Se decretaron como prueba los siguientes experticios:

- a. Dictamen pericial aportado por la parte Convocante, elaborado por el perito **Carlos Fernando Luna Ríos**³⁸. El 10 de mayo de 2019 el perito Luna rindió declaración sobre el contenido de su experticia. (Para efectos de este Laudo el Dictamen Pericial Luna.)
- b. Dictamen pericial de contradicción frente a aquel elaborado por el perito Carlos Fernando Luna Ríos, aportado por la parte Convocada, rendido por la **Sociedad Colombiana de Ingenieros**, suscrito por el ingeniero **Adolfo Alarcón Guzmán**³⁹. El 10 de mayo de 2019 el ingeniero Alarcón rindió declaración sobre el contenido de su dictamen. (Para efectos de este Laudo el Dictamen Pericial Alarcón.)
- c. Dictamen pericial aportado por la parte Convocada, elaborado por la **Sociedad Colombiana de Ingenieros**, suscrito por el ingeniero **Carlos Guillermo Barón Triana**⁴⁰. El 9 de abril de 2019 el ingeniero Barón rindió declaración sobre el contenido de su estudio. (Para efectos de este Laudo el Dictamen Pericial SCI.)

5.2.3. Exhibición de Documentos

Se practicó una exhibición de documentos a cargo de la parte Convocada, los cuales fueron incorporados al expediente⁴¹ mediante Auto No. 28 proferido el 9 de abril de 2019 (Acta No. 21)⁴².

³⁸ Cuaderno de Pruebas No. 3.

³⁹ Cuaderno de Pruebas No. 8 – Folios 1 a 35 y 46 a 48.

⁴⁰ Cuaderno de Pruebas No. 5.

⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 8 – Folios 36 a 39.

⁴² Cuaderno Principal No. 2 – Folio 496.

5.2.4. Testimonios

Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación en las fechas que se señalan:

- El 20 de febrero de 2019 (Acta No. 17)⁴³ se recibió el testimonio del señor **Rodrigo A. Díaz Benjumea**.
- El 21 de febrero de 2019 (Acta No. 18)⁴⁴ se recibieron los testimonios de los señores **Gladys Gutiérrez Buitrago y Rafael Escobar Llanos**.
- El 12 de marzo de 2019 (Acta No. 19)⁴⁵ se recibió el testimonio del señor **Lukas Fernando Uribe**.
- El 29 de marzo de 2019 (Acta No. 20)⁴⁶ se recibieron los testimonios de los señores **Juan Pablo Velásquez Silva y José Alejandro Ramírez Cano**.

Las anteriores declaraciones fueron grabadas y sus correspondientes transcripciones fueron incorporadas al expediente.

Respecto de los testimonios de los señores Rodrigo A. Díaz Benjumea y Rafael Escobar Llanos la parte Convocada formuló tacha por sospecha, a la que el Tribunal se referirá en apartes posteriores de este Laudo.

Los testimonios de los señores **Armando Ruiz, Andrés Castillo Avellano, Carlos López Luna y Natalia Hincapié Cardona**, no se practicaron ante el desistimiento formulado por la parte solicitante de la prueba.

⁴³ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 454 a 456.

⁴⁴ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 460 a 464.

⁴⁵ Cuaderno Principal No. 2 – Folio 468.

⁴⁶ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 483 a 487.

5.2.5. Videograbación

De oficio el Tribunal decretó la proyección de una videograbación del lugar de ejecución del "Proyecto Arboleda Santa Teresita", que recayó sobre los aspectos que fueron objeto de la petición de inspección judicial, diligencia que tuvo lugar en audiencia realizada el 24 de mayo de 2019 (Acta No. 24)⁴⁷.

6. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

En audiencia celebrada el 15 de junio de 2019 (Acta No. 25)⁴⁸, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan, los cuales fueron incorporados al expediente⁴⁹.

El 3 de julio de 2019, el doctor Álvaro Raúl Tobo Vargas, Procurador Noveno Judicial II para Asuntos Administrativos asignado como representante del Ministerio Público al presente trámite arbitral, previa solicitud de un traslado especial para presentar su informe final, lo rindió, documento que fue incorporado al expediente⁵⁰.

7. **TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO**

El término de duración del proceso es de seis (6) meses, como quiera que las Partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 7 de febrero de 2019, con lo cual vencería el 7 de agosto de 2019. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta – Auto	Fechas de suspensión	Días hábiles
Acta No. 18 – Auto No. 25	22 de febrero a 11 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive)	12
Acta No. 19 – Auto No. 26	15 a 28 de marzo de 2019 (ambas fechas inclusive)	9

⁴⁷ Cuaderno Principal No. 2 – Folios 515 a 518.

⁴⁸ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 2 a 5.

⁴⁹ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 6 a 308.

⁵⁰ Cuaderno Principal No. 3 – Folios 309 a 349.

Acta No. 21 – Auto No. 28	10 a 22 de abril de 2019 (ambas fechas inclusive)	7
Acta No. 23 – Auto No. 31	11 a 23 de mayo de 2019 (ambas fechas inclusive)	9
Acta No. 24 – Auto No. 32	25 de mayo a 16 de junio de 2019 (ambas fechas inclusive)	14
Total días de suspensión		51

De acuerdo con el anterior reporte el proceso estuvo suspendido durante cincuenta y un (51) días hábiles, que sumados a los del término, permiten concluir que este vence el veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Proceso reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.

En efecto:

- a. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal obrante en el Proceso, Odicco Ltda. es una persona jurídica de derecho privado legalmente constituida y representada.⁵¹
- b. De igual manera, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal obrante en el Proceso, Fiduciaria Bogotá S.A., administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva, es una persona jurídica de derecho privado legalmente constituida y representada,⁵² y está acreditado que dicha entidad es, en efecto, la administradora y vocera del patrimonio autónomo referido, según ello consta

⁵¹ Cuaderno Principal No. 1 - Folios 57 a 62.

⁵² Cuaderno Principal No. 1 – Folio 230.

en el Contrato de Fiducia Mercantil de 14 de noviembre de 2012 que obra como prueba número 1 del disco aportado con la Demanda Principal Reformada.

- c. Las Partes actuaron por conducto de apoderados, que fueron debidamente reconocidos como tales.
- d. El Tribunal constató que:
 - i. Había sido integrado e instalado en debida forma;
 - ii. Las Partes:
 - Eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas; y
 - La Convocante consignó oportunamente las sumas que le correspondían al igual que aquellas que se fijaron a cargo de la Convocada, tanto por concepto de gastos, como por concepto de honorarios.
 - iii. Las controversias planteadas, excepto aquella sobre la cual el Tribunal declinó parcialmente su competencia en lo que tiene que ver con la Caja de Vivienda Popular (pretensión décima quinta de la Demanda Principal Reformada), se referían a asuntos de libre disposición que la ley autoriza someter al arbitraje y las partes tenían capacidad para ello.
 - iv. El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las partes.
 - v. No obra causal de nulidad u otra irregularidad que afecte la actuación, a lo que debe añadirse la práctica del control de legalidad en las respectivas etapas del proceso, en cuya virtud el Tribunal –sin que hubiera habido objeción de las partes ni del Ministerio Público– no encontró vicio que afectara el trámite y, por ende, requiriera su saneamiento.

2. LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Corresponde al Tribunal dentro de este pronunciamiento el estudio de la excepción común a todas las pretensiones propuesta por la parte demandada, que consiste en la falta de legitimación pasiva (equivocadamente señalada como activa), ante la circunstancia de que, según lo planteado en dicha excepción, la Caja de Vivienda Popular del Distrito Capital debió ser incluida en la demanda o debió ser la verdaderamente Convocada, por ser ella la beneficiaria de las tareas contratadas y por haber tenido una presencia activa en el desarrollo de dichas tareas, habiéndole correspondido las más importantes decisiones en la supervisión y aprobación de las distintas etapas que ha comprendido el desarrollo del contrato que dio lugar a la controversia que ahora se desata.

Si bien podría considerarse que la beneficiaria de las tareas contractualmente convenidas con ODICCO es la Caja de Vivienda Popular, debe anotar el Tribunal que aun cuando dicha entidad suscribió el contrato debatido, no lo hizo como parte sino en señal de aceptación de algunos términos y obligaciones, a lo cual el Tribunal debe darle algún efecto en interpretación del legítimo querer de los intervinientes en el referido acto jurídico. Ciertamente, en el texto contractual es evidente que la firma de la Caja de Vivienda Popular fue dotada de un estatus distinto al que se le dio a la firma de la fiduciaria como vocera del fideicomiso y a aquella que fue estampada por Odicco en su condición de contratista, puesto que no de otro modo puede entenderse que el encabezado del contrato no haya incluido a la Caja de Vivienda Popular como parte, como sí lo hizo con los otros dos intervinientes, y que además, su firma esté precedida de una leyenda aclaratoria que no tienen las demás. Unido a lo anterior, para el Tribunal resulta claro que, precisamente, al margen de que la referida entidad sea quien esté detrás del negocio fiduciario, es para separar el manejo de unos bienes de su fideicomitente/beneficiario que existe la noción del patrimonio autónomo que es propia de la fiducia mercantil. Desde el punto de vista puramente procesal, además, no existe duda en cuanto a que la decisión de a quién se reclaman unas determinadas prestaciones corresponde claramente a la parte demandante y la determinación final de quiénes tienen o no legitimación descansa en últimas en el Tribunal, quien lo define dependiendo de a quién le era dado el cumplimiento de las prestaciones demandadas.

Cuando se trata de integrar un contradictorio dentro de un proceso arbitral, de la misma manera como sucede en las cuestiones que se ventilan ante la justicia ordinaria, como lo ordena claramente para el caso que ocupa la atención del Tribunal el artículo 36 de la ley

1563 de 2012, deben ser citados todos aquellos sujetos sobre quienes el laudo puede generar efectos de cosa juzgada aún sin haber hecho ellos parte del pacto arbitral. No obstante, advierte el Tribunal que esta disposición no implica que deba el fallador exigir que se demande o que se cite a terceros que puedan tener otra relación con aquello que se reclama, máxime teniendo en cuenta el posible efecto que tendría su no adhesión al pacto arbitral, esto es, la extinción de los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria, según lo contemplado en el mismo artículo 36. Proceder de esa manera siempre que haya un patrimonio autónomo de por medio, y sin considerar otros criterios, equivaldría a darle gran fragilidad al pacto arbitral cuya integridad debe protegerse tanto como sea posible para darle plena eficacia al querer de las partes que lo acordaron, además de lo cual ello supondría también la eventual privación de efectos, al menos parcial, a la intención de constituir un patrimonio autónomo que opere y se afecte de manera enteramente separada del patrimonio de sus constituyentes y beneficiarios, tal como lo disponen los artículos 1226 y siguientes del estatuto mercantil vigente.

En resumen, para el Tribunal no resultaba indispensable citar a la Caja de Vivienda Popular en este caso por tres razones fundamentales: la primera, por la preservación del querer de las partes bajo el contrato de fiducia que dio origen al patrimonio autónomo demandado en cuanto a la configuración de este como responsable, beneficiario y posible afectado con el desarrollo del Proyecto Arboleda Santa Teresita en forma separada de su constituyente o beneficiario; la segunda, por la preservación de la noción de patrimonio autónomo, de profunda raigambre en nuestro sistema de derecho comercial y reflejada en el ya mencionado contrato de fiducia, y la tercera, por cuanto el contrato objeto de controversia está suscrito entre las partes Convocante y Convocada en forma diferente a como lo suscribió la Caja de Vivienda Popular, quien no fue identificada en el contrato como parte del mismo, y cuya firma aparece precedida de una nota aclaratoria que, por lo demás, no constituye adhesión al pacto arbitral.

El Tribunal considera que en este caso en particular resulta posible resolver lo demandado entre las partes intervinientes en el trámite, ya que cualquier actuación que hayan podido tener funcionarios de la Caja de Vivienda Popular en desarrollo del Proyecto Arboleda Santa Teresita se dio, bien como parte de los órganos del fideicomiso, o bien a través de sus representantes en la obra, como por ejemplo el interventor, sin que ello haga que la Caja de Vivienda Popular sea en sí misma parte de la relación contractual que se debate.

Adicionalmente, el Tribunal entiende que en este caso habría sido posible que la parte actora, al lado de las responsabilidades derivadas del contrato suscrito con el Patrimonio

Autónomo administrado por Fiduciaria Bogotá, hubiera pretendido una responsabilidad extra negocial en cabeza de la Caja de Vivienda Popular, por ser ella la beneficiaria de las tareas contratadas y por ser igualmente ella la determinadora de las decisiones principales en el adelantamiento de la ejecución contractual, lo cual si bien resultaba hipotéticamente factible, no se dio ni cabe dentro de la competencia asumida por este Tribunal.

Sin embargo, lo anterior no implica en forma alguna que el Tribunal haya debido ordenar la citación de la Caja de Vivienda Popular, ni tampoco que la Convocante hubiera estado obligada a enderezar sus reclamos contra dicha entidad a la par que contra el Patrimonio Autónomo. Siendo este quien suscribió el Contrato, es perfectamente posible que, dentro de la autonomía de su voluntad, la parte actora haya resuelto enderezar su reclamo solamente contra el Patrimonio Autónomo, considerándolo suficiente para atender sus reclamos, absteniéndose de extender sus pretensiones a la entidad titular de los respectivos derechos fiduciarios.

Así las cosas, cualquier decisión adoptada en este Laudo solamente compromete a las dos partes que suscribieron en condición de partes el contrato objeto de la litis y que han sido reconocidas dentro del presente trámite, independientemente de los derechos que Fiduciaria Bogotá tenga o pueda llegar a tener frente a la Caja de Vivienda Popular bajo el contrato de fiducia, lo cual excede por mucho los asuntos sometidos a este Tribunal.

En tal medida, cualesquiera sean las decisiones adoptadas, éstas solamente afectan a las partes dentro del presente trámite, con independencia de que las posibles afectaciones del patrimonio autónomo demandado repercutan indirectamente en la entidad constituyente de dicho patrimonio autónomo, en la medida en que inciden necesariamente en los respectivos derechos fiduciarios.

Las normas que regulan el contrato de fiducia mercantil, al cual se refieren los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio, son ampliamente explícitas en señalar que el contrato de fiducia mercantil da lugar a la creación del llamado entre nosotros patrimonio autónomo, que bien podría catalogarse por asimilación aunque sin la plenitud de sus atributos, como una especie de sujeto de derechos y de obligaciones distinto de los respectivos constituyentes y distinto, también, de los correspondientes beneficiarios. Así, el artículo 1227 ibídem establece perentoriamente que los bienes objeto del negocio fiduciario son los que responden de las obligaciones contraídas para el cumplimiento de la finalidad establecida. Por su parte, el artículo 1233 determina que los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad prevista en el respectivo contrato. Destaca además el Tribunal que de acuerdo con el numeral 4 del

artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario lleva además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia. En tal medida su vinculación al presente trámite arbitral es procedente sin que sea necesario que además se vincule al fideicomitente la Caja de Vivienda Popular.

Estamos, entonces, en presencia de algo equiparable a un sujeto del derecho, (al menos en su dimensión patrimonial), dado que *"...los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia..."* según las voces del Decreto 2555 de 2010⁵³, según incorporó en lo pertinente lo que previamente había sido dispuesto a esos mismos efectos por el Decreto 1049 de 2006.

Por las razones anotadas, si la demanda se enderezó solamente contra el patrimonio autónomo, siendo este responsable del cumplimiento de los deberes contractuales contraídos con ODICCO, el laudo que define las diferencias entre el mencionado patrimonio autónomo y la parte actora dentro de este trámite solamente puede referirse a dichas relaciones. No es viable que el Tribunal tenga competencia para extender ninguna de sus decisiones a otro sujeto del derecho que no fue convocado ni era necesario legalmente citar, que no era parte del contrato debatido, y que tampoco debía ser citado si la demandante no se dirigió contra él dentro de su libertad para ejercer el derecho de acción.

Ahora bien, al contestar la Demanda Principal Reformada, en el capítulo referido a la tala de árboles, la Convocada planteó que de conformidad con la cláusula 3.1 del Contrato, la obligación de pagar dichos emolumentos recae única y exclusivamente sobre la Caja de Vivienda Popular por lo que en su sentir se configura en este caso la "falta de legitimación en la causa por pasiva"⁵⁴, toda vez que se exige el cumplimiento de una obligación a quien

⁵³ Ver Decreto 2555 de 2010, Libro Quinto, Título 2, artículo 2.5.2.1.1

⁵⁴ Cabe anotar que la parte Convocada equivocadamente se refirió a falta de legitimación activa, no obstante lo cual, el Tribunal entiende la argumentación presentada como atinente a una falta de legitimación pasiva.

no está llamado a responder como deudor, de conformidad con las estipulaciones contractuales sobre las actividades adicionales.

Adicionalmente indicó que no se integró el litisconsorcio facultativo llamando a la CVP y haciéndola parte del proceso, a partir de lo cual concluye que la pretensión referida a esta materia resulta improcedente. Cita en abono de esa tesis, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de 31 de octubre de 2018, M.P. Margarita Cabello, y del Consejo de Estado, sentencia de mayo 17 de 2018, C. P. Sandra Ibarra.

Para analizar el argumento el Tribunal observa que la falta de legitimidad por pasiva planteada por la Convocada en este aspecto se hace consistir en que la Demandante solicita la condena del Patrimonio Autónomo al pago del valor de la tala de los árboles mientras que *"la obligación de pagar dichos emolumentos recae única y exclusivamente sobre la Caja de Vivienda Popular, de acuerdo con la cláusula 3.1 del Contrato de Obra"* y de ello concluye que *"se exige el cumplimiento de una obligación a quien no está llamado a responder como deudor"*.

Como se desprende del material probatorio, entre la Caja de Vivienda Popular y Fiduciaria Bogotá S. A. se celebró un contrato de fiducia mercantil el 14 de noviembre de 2012, con el objeto de *"realizar con cargo al patrimonio autónomo todas las actividades inherentes a la dirección, coordinación, ejecución, supervisión y control de los procesos relacionados con la administración de los recursos afectos a la construcción de soluciones de vivienda de interés prioritario destinadas a los beneficiarios de la Caja de la Vivienda Popular, entre ellos reasentamientos, víctimas y demás población vulnerable"*, para lo cual se constituyó un Patrimonio Autónomo denominado Fidubogotá S.A.-Proyecto Construcción Vivienda Nueva.

De acuerdo con la cláusula séptima del Contrato de Fiducia Mercantil, *"La Fiduciaria tendrá a su cargo la administración del patrimonio autónomo y actuará como titular fiduciario del mismo..."*, entre cuyas obligaciones se cuenta la de *"Realizar los actos jurídicos, acciones, actividades, gestiones que sean necesarias para lograr la finalidad de este contrato y dentro de ella, cumplir con las instrucciones que dé el Comité Directivo del Fideicomiso"*.

Aparece así de manera clara la obligación del Patrimonio Autónomo, y de la Fiduciaria en su condición de administradora de dicho Patrimonio, de realizar los actos necesarios tendientes al logro de la finalidad del contrato, que no es otro que el de la construcción de las viviendas

de interés prioritario, uno de cuyos aspectos era la tala de unos árboles que, como se verá más adelante en el presente laudo, sí estaba prevista en el contrato como obligación del contratista, habiéndose dejado pendiente únicamente la fijación de su precio. En efecto, en cuanto a lo alegado por la Convocada sobre el valor de la tala de árboles señalando que *"la obligación de pagar dichos emolumentos recae única y exclusivamente sobre la Caja de Vivienda Popular, de acuerdo con la cláusula 3.1 del Contrato de Obra"* al Tribunal le cabe hacer la siguiente precisión: el penúltimo inciso de la cláusula 3.1 del Contrato de Obra señala que *"...las actividades señaladas serán asumidas por la Caja de Vivienda Popular, siempre y cuando dichas actividades u obras adicionales se encuentren aprobadas ..."* (resaltado fuera del texto). De conformidad con esta disposición, las actividades u obras cuyo pago se dejó en cabeza de la Caja de Vivienda Popular son las "adicionales", es decir, aquellas que no hacían parte del objeto del contrato, lo cual, como ya se indicó someramente, y conforme a lo que más adelante se analizará en forma detallada, no es el caso de la "tala o traslado de individuos arbóreos", ya que ello quedó contemplado en la misma cláusula 3.1 como una "actividad relativa a la ejecución integral del contrato", respecto de la cual simplemente se hizo la salvedad de que sobre ella, a pesar de hacer parte de la ejecución integral del contrato, sí cabría pagar sumas adicionales, lo cual no la convierte en una actividad adicional o no prevista contractualmente.

Con apoyo en las consideraciones anteriores, en la parte resolutive el Tribunal denegará la excepción de ilegitimidad de personería presentada por la parte demandada.

3. LA TACHA DE LOS TESTIGOS ALBERTO DIAZ BENJUMEA Y RAFAEL FERNANDO ESCOBAR LLANOS FORMULADA POR LA PARTE CONVOCADA.

En el desarrollo de las declaraciones de los testigos Alberto Díaz Benjumea y Fernando Escobar Llanos, la parte Convocada formuló tacha de sospecha contra estas dos personas, sustentada en los siguientes argumentos:

Respecto del testigo Alberto Díaz Benjumea la Convocada expuso que en varias de las respuestas dadas este indicó que *"se les debe pagar todo lo que ellos han pedido"*, refiriéndose a Odicco, afirmación que, según la Convocada, constituye un aspecto de derecho propio de la órbita del Tribunal. Agregó que el testigo *"se atrevió a decir cosas propias del Tribunal"*, y precisó que a partir de ciertas respuestas se deduce que el Testigo está sesgado y parcializado.

En lo que tiene que ver con el testigo Escobar Llanos, la Convocada formuló *"tacha por imparcialidad habida cuenta del interés directo del testigo en las resultas del proceso"*.

La tacha de testigos se encuentra regulada en el artículo 211 del Código General del Proceso, norma que establece:

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas."

"La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso."

En cumplimiento de la norma citada, el Tribunal ha analizado detenidamente los dos testimonios que fueron tachados, junto con las demás pruebas que obran en el expediente.

Respecto del señor Díaz Benjumea no se observa que el contenido de sus declaraciones lleve a concluir que su testimonio es parcializado. En efecto, las respuestas que rindió el testigo ante el Tribunal coinciden con las diferentes manifestaciones y actuaciones que desplegó como representante del Interventor del Contrato durante su ejecución, recogidas en las actas de los Comités Técnicos que suscribían las partes y en diversas comunicaciones allegadas al expediente. Adicionalmente, revisada integralmente la declaración rendida, se observa que, tanto la manera en que los distintos hechos fueron narrados, como el contenido mismo de la declaración, no generan para el Tribunal sospecha alguna que haga dudar de la veracidad de lo expuesto en su testimonio.

En cuanto al testigo Escobar Llanos, quien en representación de Odicco era el Gerente Técnico del proyecto objeto de controversia, si bien es claro para el Tribunal que como funcionario de la sociedad Convocante tiene interés en el proceso, esta circunstancia, por sí sola, sin más elementos de juicio ni razones concretas, impide concluir que se trata de un testigo sospechoso o que la condición en la que comparece se constituya en una

"circunstancia que afecte su credibilidad o parcialidad". Adicionalmente observa el Tribunal que, si bien el Señor Escobar tiene un vínculo directo con la sociedad Convocante, tal circunstancia no impidió que rindiera su declaración en forma espontánea y clara, exponiendo con detalle circunstancias acerca de la forma en que se ejecutó el contrato objeto de litigio. Por lo demás es claro que tanto en este proceso como en muchos otros lo usual es que sean precisamente los empleados de las partes los llamados a testificar, por cuanto, naturalmente, son quienes tiene información de primera mano sobre los hechos ocurridos.

Por lo anterior, los testimonios de los señores Díaz Benjumea y Escobar Llanos se tendrán en cuenta para el análisis del caso planteado, y serán objeto de valoración en conjunto con las demás pruebas del proceso.

4. CUESTIONES PREVIAS.

4.1 Naturaleza jurídica del Contrato de Obra No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015

La Ley 1537 de 2012 tiene por objeto señalar las competencias, responsabilidades y funciones de las entidades del orden nacional y territorial, y la confluencia del sector privado en el desarrollo de los proyectos de Vivienda de Interés Social y proyectos de Vivienda de Interés Prioritario destinados a las familias de menores recursos, la promoción del desarrollo territorial, así como incentivar el sistema especializado de financiación de vivienda.

La norma en comento establece un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con el fin de garantizar el acceso efectivo de vivienda de interés prioritario a las personas de menores recursos. Concretamente, el artículo 6º de la misma autoriza la celebración directa de contratos de fiducia mercantil en los que las entidades del sector central y descentralizado por servicios del nivel nacional y territorial, o cualquier persona natural o jurídica, pueden ser aportantes de bienes o recursos, a título gratuito.

La norma señala que tanto la selección del fiduciario, como la celebración de los contratos para la constitución de los patrimonios autónomos, la ejecución y la liquidación de los

proyectos por los referidos patrimonios, se regirá exclusivamente por las normas del derecho privado.

De manera complementaria, la norma indica que los patrimonios autónomos debidamente constituidos pueden adelantar procesos de convocatoria y selección de los constructores interesados en desarrollar los proyectos de vivienda y/o para la adquisición de proyectos de Vivienda de Interés Prioritario, haciendo la salvedad de que tales procesos se rigen por normas de derecho privado.

En aplicación de esa norma, la Caja de Vivienda Popular como establecimiento público del orden distrital y Fiduciaria Bogotá celebraron un Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración y Pago, mediante el cual se constituyó un Patrimonio Autónomo, para realizar, de acuerdo con la cláusula primera, *"las actividades inherentes a la dirección, coordinación, ejecución, supervisión y control de los procesos relacionados con la administración de los recursos afectos a la construcción de soluciones de vivienda de interés prioritario destinadas a los beneficiarios de la CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR, entre ellos reasentamientos, víctimas y demás población vulnerable"*⁵⁵.

Para adelantar los procesos de convocatoria y selección de los constructores interesados, el parágrafo 4º el artículo 6º de la Ley 1537 de 2012 ordena que las condiciones y criterios para la convocatoria, evaluación y selección de las propuestas para el desarrollo de los proyectos, deben observar los principios de transparencia, economía, igualdad, publicidad y en especial el de selección objetiva, definidos por la Constitución y la ley, además de aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente. Conforme a lo señalado, los contratos de construcción que celebren los patrimonios autónomos se rigen por normas de derecho privado civiles y comerciales, con observancia de los principios arriba enunciados.

De otra parte, el contrato de obra civil se encuentra regulado en los artículos 2053 a 2062 del código civil colombiano bajo el capítulo *"De los contratos para la confección de una obra material"*. Para el caso en estudio, vale la pena tener en cuenta, en lo pertinente, las normas relacionadas con la determinación del precio, artículo 2054; la indemnización por incumplimiento, artículo 2056; la construcción de edificios por precio único, artículo 2060, entre otras.

⁵⁵ C. de Pruebas No.1, Folio 3.

La normativa del código civil en la materia debe ser interpretada en concordancia con las normas de la contratación estatal en la medida de su compatibilidad, especialmente en lo referido al contrato de obra a precio global frente a las obras adicionales, teniendo siempre presente la jurisprudencia en la materia.

Así mismo, la cláusula vigésima segunda del Contrato prescribe que *"le son aplicables los principios de la Constitución Política, las normas civiles y comerciales, y las reglas previstas en la invitación y en el presente contrato"*⁵⁶.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que el Contrato de Obra No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015, celebrado entre ODICCO y FIDUBOGOTA, junto con sus modificaciones, es, a la luz de la legislación vigente y de su clausulado, un contrato de derecho privado.

4.2 Contrato de obra a precio global fijo

La noción de precio global puede ser inferida del artículo 2060 del Código Civil, que enuncia varias reglas en la ejecución de obras por precio único, entre las cuales algunas se consideran pertinentes al caso analizado, cuando establece: *"Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones. 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda. (...)".*

Algunos precedentes arbitrales se han referido al contrato de obra bajo la modalidad de precio global fijo. Así, por ejemplo:

⁵⁶ C. de Pruebas No.1, Folio 103.

"(...) es sabido que la modalidad del precio denominada "suma global fija", implica, en primer lugar, que el contratista recibe el pago del valor pactado por concepto de la totalidad de la obra o servicio y allí se incluyen todos los costos y gastos necesarios para su ejecución, así como la utilidad esperada; y, en segundo lugar, conlleva que el contratista, por regla general, no puede reclamar los mayores valores en que haya incurrido para desarrollar el objeto negocial precisamente porque el precio es "fijo".

"De esta manera, al momento de estructurar el valor de la prestación que se va a ejecutar, en el precio que va a ser cobrado por el contratista es necesario incluir la totalidad de los costos y gastos en que incurrirá para entregar la obra o prestar el servicio y así mismo tendrá que incorporar el monto de la utilidad esperada, sin que, en principio, se permita solicitar mayores valores a los pactados, pues es claro que el contratista, tomando las previsiones del caso, asume el monto de la mano de obra, materiales, insumos, etc (sic) que sean necesarios para cumplir con la prestación pactada y corre con los riesgos que previsiblemente puedan presentarse durante la ejecución del Contrato y que puedan aumentar dichos valores y costos o reducir el monto de la utilidad esperada.

(...)

"Ahora bien, entiende el Tribunal que, en atención al carácter sinalagmático, bilateral y conmutativo de Contratos como el de la especie que es materia de este pleito arbitral, así como la buena fe y la equidad que debe regir toda la relación negocial, la invariabilidad del precio así acordado entre las partes no puede constituir un muro infranqueable para proteger los derechos del contratista cuando quiera que ha sufrido perjuicios que no le son imputables durante la ejecución del negocio, es decir, la modalidad de precio global fijo en modo alguno puede impedir la reparación de los daños experimentados por el contratista, toda vez que en la ejecución contractual pueden presentarse circunstancias no previstas al momento de la celebración del negocio, desde luego sin que medie culpa del Contratista, que impliquen aumento de costos que generen un desmedro patrimonial que, desde luego, amerite ser indemnizado.

"Igualmente es posible que con ocasión de conductas constitutivas de incumplimiento en cabeza del Contratante se aumenten los costos y gastos inicialmente contemplados por el Contratista, evento en el cual, así el precio se haya pactado como único y global, debe procederse a la reparación del daño irrogado a causa del incumplimiento sin que para ello, como se dijo, constituya obstáculo el pacto de una "suma global fija" como contraprestación por la obra ejecutada o el servicio prestado.

"De la misma manera; si el contratante llega a un acuerdo con el contratista para el reconocimiento de los mayores costos y gastos en que haya incurrido, es apenas lógico y elemental que el precio inicialmente pactado sufra las modificaciones y alteraciones derivadas de un acuerdo negocial a propósito.

"(...) aunque no ofrece discusión que el precio único, global y fijo es omnicomprendivo de todos los costos y gastos en que habrá de incurrir el contratista e implica la asunción de los riesgos del aumento de dichos costos, tampoco puede ofrecer discusión que el contratista no puede estar llamado siempre y en todos los casos a asumir de manera excesiva las gravosas consecuencias económicas generadas por hechos imprevistos que escapen al alea normal y ordinario del Contrato, como tampoco debe soportar las consecuencias negativas que le generen los incumplimientos del contratante, pues ello equivaldría a desconocer las más elementales reglas del derecho de daños que, como bien se sabe, obligan la reparación integral del daño."⁵⁷

En otra oportunidad se dijo que en el "contrato de obra a precio único, global o alzado":

"(...) El contratista se obliga a realizar la obra y asumir todos sus riesgos por una suma total fija y determinada. Este precio habitualmente incluye el valor de honorarios del contratista, mano de obra, materiales, garantías, imprevistos, gastos

⁵⁷ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal Arbitral conformado por el árbitro único Henry Sanabria para resolver las disputas entre Hidro Consulta S.A.S. y Procesos y Diseños Energéticos S.A. (Expediente No. 4654). Laudo de 20 de noviembre de 2017-

*indirectos y demás condiciones o requisitos definidos, con el contratante, salvo que las partes pacten agregaciones, o modificaciones al plan primitivo.*⁵⁸

A manera de simple referencia, vale la pena también mencionar que se aprecia que la misma noción de precio global también fue adoptada en su momento por los artículos 82 y 88 del Decreto Ley 222 de 1983, como una modalidad de pago para los contratos de obra pública, que desde luego no es el caso del contrato sometido a este Tribunal pero que, se reitera, sirve de referencia, en la que se incluía en el precio costos directos e indirectos, utilidades e imprevistos. En efecto, el artículo 88 del precitado Decreto Ley definió los contratos a precio global fijo, como *"... aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios. Y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos"*.

Mediante el Decreto 2090 de 1989, en uso de la facultad conferida por el artículo 39 del Decreto 222 de 1983, al aprobar el reglamento de honorarios para trabajos de arquitectura, el Gobierno definió la construcción a precio global o alzado como *"... aquella en la que el arquitecto se obliga a realizar por una suma total fija, determinada obra, asumiendo todos los riesgos del costo de la misma"*. (artículo 7.1.2). Y agregó: *"Las condiciones en que debe realizarse la obra por precio global o alzado, y su forma de pagos, deberán determinarse en el respectivo contrato. Al calcularse el valor de la obra por precio global o alzado, el contratista deberá incluir el valor de sus honorarios lo mismo que el valor de las pólizas de seguros, garantías, imprevistos y demás requisitos que la entidad contratante exija, además de todos los gastos indirectos que sean necesarios considerar en cada obra"*.

Dejando a un lado lo anterior, originalmente, en los contratos celebrados a precio global se podían pactar cláusulas de revisión de precios, en función de las variaciones que pudieran tener algunos ítems o costos del proyecto. Dicha revisión se efectuaba mediante la aplicación de fórmulas matemáticas incorporadas en el respectivo contrato, con base

⁵⁸ Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal Arbitral conformado por el árbitro único Leonardo Charry Uribe para resolver las disputas entre CDI Construcciones Diseños e Interventorías Ltda. contra Inversiones y Valores Wilcorts S.A.S. Laudo de 30 de noviembre de 2018.

en un índice de ajuste correspondiente al mes anterior a aquél en que se realizaba el pago de la obra ejecutada.

Conforme a lo señalado, se diferenció entre:

- Contratos a precio global fijo (ajuste alzado absoluto), en los que no se pactaba fórmula de reajuste
- Contratos a precio global con revisión de precios (ajuste alzado relativo)

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, la forma de pago a precio global dejó de ser regulada legalmente y pasó a depender de lo pactado por las partes y de lo establecido en normas del derecho privado, de acuerdo con los artículos 13 y 40 de dicha ley. Durante su vigencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que en los contratos a precio fijo (incluyendo precio global) no se puede cambiar el precio o aplicar reajustes, salvo que se pacte un contrato adicional.

En este contexto, los contratos a precio global han sido definidos por el Consejo de Estado en su jurisprudencia como *"... aquéllos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija, siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de los subcontratos, y de la obtención de materiales... en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas..."*. Agregándose, frente a las modalidades de pago, precio global o precio unitario, que *"... de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales"*.⁵⁹

De su parte, la justicia arbitral ha fijado una posición jurídica que ha sido aceptada por Colombia Compra Eficiente, en la que se indica que: *"la ejecución de una obra bajo la*

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección b), sentencia de agosto 31 de 2011, Exp. 18080, M. P. Ruth Stella Herrera, Expediente 18080.

*modalidad de precio global implica que el contratista haga suyos los efectos que se derivan del riesgo comercial del negocio*⁶⁰.

Sobre el particular se ha indicado lo siguiente:

*"(...) Para el tribunal resulta claro, entonces, que en materia de contrato de obra pública a precio global, el contratista asume el riesgo que se deriva de situaciones imprevistas que se subsumen dentro de lo que la doctrina y jurisprudencia han dado en llamar el alea normal del contrato, siempre y cuando la obra contratada resulte invariable, como inmodificable es su precio. Significa lo anterior que la mayor o menor cantidad de obra que el contratista haya ejecutado para el cabal cumplimiento de los trabajos pactados, serán de su cargo, bien como ventaja o bien como desventaja económica. Como de su cargo serán también, aquellas obras necesarias e indispensables que se requieran para la realización del objeto convenido y que fueron omitidas en el cálculo global de la oferta por el proponente. No son de recibo, por ende, las reclamaciones futuras que presente el contratista respecto de esas obras o materiales."*⁶¹

Con base en las anteriores consideraciones, Colombia Compra Eficiente ha recabado la siguiente regla de contratación:

"Una entidad pública no debe pagar los mayores costos originados en las modificaciones de que fue objeto el diseño inicial de un contrato de obra a precio global, porque

- 1. La ejecución de una obra bajo la modalidad de precio global implica que el contratista hace suyos los efectos que se derivan del riesgo comercial del negocio, lo cual, a su vez, significa que, dentro de una previsibilidad razonable, las mayores cantidades de obra y la mayor utilización de materiales, son de su propia responsabilidad y a su costa.*
- 2. Las modificaciones del diseño son cambios que razonables que se pueden tener como previsibles en un proyecto"*⁶².

⁶⁰ Laudo: TA-CCB-19970505 de fecha 05-05-1997

⁶¹ *Ibídem*.

⁶² En <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/documento/12170>

El recuento normativo anterior muestra que las regulaciones de derecho público y de derecho privado coinciden en cuanto a los elementos del contrato a precio global y en particular respecto de la regla general de inmodificabilidad del precio, debiendo las excepciones estar previstas en el contrato o en normas jurídicas específicamente aplicables al caso concreto, lo cual no ocurre en la situación sometida a este tribunal.

La figura del contrato de obra a precio global con las mismas características ya anotadas de nuestra legislación, ha sido denominado de manera más elocuente en otros ordenamientos jurídicos como contrato de obra "a precio cerrado", siendo esta una modalidad de retribución cuyo principal efecto es que el precio ofertado por el adjudicatario se debe mantener invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir errores u omisiones padecidos en la realización del proyecto.⁶³

Sin embargo, el precio global no excluye la modificación del precio en los casos excepcionales previstos contractualmente y en aquellos no previstos que modifiquen la ecuación financiera del contrato. En relación con la modificación del precio global fijo, frente al acaecimiento de situaciones imprevistas en materia salarial, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"Las distintas modalidades de ejecución de los contratos de obra pública están concebidas en función del contenido o de la determinación del objeto contractual y ello conlleva a que el precio del contrato se estructure de distintas formas, más o menos discriminadas; pero ninguna de esas formas está creada (sic) para beneficiar o privilegiar económicamente a una de las partes dentro de la relación negocial, en detrimento del patrimonio de la parte contraria, o para patrocinar la inequidad en la correlación cualitativa y cuantitativa que debe existir entre el precio y la prestación objeto del contrato (ecuación económico-financiera).

(...)

"El contrato pactado a precio alzado o a precio global fijo supone que las partes tienen perfectamente determinadas las cantidades de obra a ejecutar y, por lo mismo, el precio del contrato también se halla totalmente determinado ...

⁶³ Artículo 241. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

"Empero, el hecho de que se haya pactado una suma global fija para la ejecución de la construcción no implica que los precios se mantengan inalterados e inalterables durante toda la relación contractual. Los fenómenos económicos analizados en precedencia pueden tener impacto en el precio de los insumos necesarios para ejecutar la obra, al margen de la modalidad de ejecución pactada, y nadie está obligado a asumir un riesgo económico que, eventualmente, puede ser previsible en cuanto a su ocurrencia, pero que es desconocido o imprevisible en términos cualitativos, cuantitativos y de periodicidad.

"Las condiciones del contrato se deben mantener intactas sólo cuando en el curso de su ejecución no sobrevengan circunstancias que alteren sustancialmente el objeto de la prestación (pacta sunt servanda, rebus sic stantibus), porque tales supuestos no forman parte de la voluntad contractual original⁶⁴, de modo que, cuando los precios cambian, debe pagarse el precio real y no el pactado inicialmente, porque éste no responderá de manera adecuada al intercambio del bien⁶⁴.

III. CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON LA DEMANDA PRINCIPAL

- 1. Primer problema jurídico: ¿El objeto del Contrato de Obra incluía dentro de su alcance obligaciones de diseño de la red de alcantarillado del Proyecto? Si la respuesta es negativa, ¿tiene Odicco derecho a que se le reconozcan los valores incurridos para la elaboración de estos diseños?**

En el asunto *sub iudice*, la parte Convocante planteó que el diseño de la red secundaria o local de alcantarillado del Proyecto, entendida como el conjunto de tuberías que conduce las aguas lluvias, residuales o combinadas hasta la red matriz o primaria de alcantarillado, es de cargo de la CVP, razón por la cual formuló las pretensiones que se enuncian a continuación, identificadas como primera a séptima, en las que solicita que se declare:

- i. Que el alcance del objeto del contrato se extiende únicamente al diseño y construcción de la red de alcantarillado que se encuentra dentro del

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección A), sentencia de marzo 14 de 2013, M. P. Carlos Alberto Zambrano, Exp. 20524

- proyecto, de conformidad con lo establecido en los numerales 1.2 y 2 del Pliego de Condiciones del Contrato;
- ii. Que ni en los Estudios Previos, ni en el Pliego de Condiciones, Anexo Técnico y Contrato de Obra se indicó la necesidad de elaborar el diseño y construcción de la red externa de alcantarillado por lo cual Odicco se abstuvo de incluir dicho rubro dentro de su oferta;
 - iii. Que la obligación de elaboración de diseños y construcción de la red externa de alcantarillado no está en cabeza de Odicco de conformidad con lo previsto en la norma técnica NS-068 de la EAAB y el numeral 7 del Decreto 3050 de 2013;
 - iv. Que la obligación de elaboración de diseños y construcción de la red externa de alcantarillado es una obligación adicional al Contrato de Obra de conformidad con el contenido obligacional del contrato y lo aprobado por la Interventoría;
 - v. Que Odicco elaboró los diseños para la red externa de alcantarillado para no afectar la entrega de las viviendas y sus beneficiarios;
 - vi. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco la suma de \$ 180'596.631 o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de la elaboración de los diseños para la red externa del alcantarillado del Contrato de Obra, y
 - vii. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

De su parte, frente a las pretensiones anteriores, la parte Convocada plantea la excepción de *"existencia de la obligación de la Convocante de elaborar diseños de las obras de la red de alcantarillado"*.

1.1. Argumentos de la Parte Convocante

Para fundamentar las pretensiones relacionadas con el diseño de la red de alcantarillado externa al Proyecto, la Convocante hace en su demanda y en su alegato de conclusión las consideraciones que resumidamente se presentan a continuación:

- a. El 6 de noviembre de 2013, entre la CVP y la EAAB se suscribió el **Convenio Interadministrativo 530 de 2013**, cuyo objeto fue el de *"aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar y adelantar el diseño y construcción de redes externas de acueducto y alcantarillado y obras anexas en los proyectos de vivienda de interés prioritario que desarrolle la CVP"*, y luego agrega en la cláusula tercera que *"la EAAB aportará los recursos necesarios para los diseños y ejecución de las obras de redes externas de acueducto y alcantarillado..."*.
- b. El Convenio estableció que a la CVP le correspondía *"Adelantar los procesos para la contratación de los diseños de las obras de urbanismo, los cuales deben incluir el trámite y gestión de aprobación ante la EAAB, para el caso de redes externas de acueducto y alcantarillado..."*
- c. De lo anterior *"... se desprende, que el Convenio Interadministrativo cobija el Proyecto objeto de controversia, pues es claro que aquél se suscribió con dos años de anterioridad a la suscripción del Contrato de Obra. A pesar de suscribir dicho Convenio, el Patrimonio Autónomo no utilizó este para la ejecución del Contrato de Obra..."*⁶⁵
- d. Contrario a lo dispuesto en el Convenio y como consecuencia de la indebida planeación por el Patrimonio Autónomo, los Estudios Previos, acápite 3.3 numerales 3.3 y 3.4 de *'Actividades a ejecutar'*, no incluyeron el diseño de las redes externas de alcantarillado, sino simplemente el diseño de las redes internas. En ese orden, el numeral 1.3 del Pliego de Condiciones, en relación con la fase de elaboración de diseños, señaló que el contratista realizaría el diseño de redes de acueducto y el diseño de redes de alcantarillado (servidas y aguas lluvias), sin prever expresamente en éstas la elaboración del diseño de las redes externas de acueducto y alcantarillado.
- e. En concordancia con los Estudios Previos, el Pliego de Condiciones estableció que correspondería al contratista el "diseño de redes internas de alcantarillado". En el mismo sentido, el Anexo Técnico del Pliego de Condiciones en el numeral 2 en relación con la Fase 3, indicó que el

⁶⁵ Demanda reformada, págs. 14 y ss,

Contratista elaborará *"el diseño de redes hidráulicas y sanitarias urbanas."* En igual sentido, prevé la construcción de redes de alcantarillado, sin incluir en éstas la construcción de las redes externas.

- f. La Norma Técnica de Servicio NS-068 de la EAAB, numeral 4.2, establece los criterios de diseño, construcción y reconstrucción para desagües de conexiones domiciliarias y cajas de inspección domiciliarias de alcantarillado y dispone que la longitud máxima de dicha conexión domiciliaria deberá ser de 50 metros.
- g. El 15 de noviembre de 2016, por medio de Oficio C&R-289-2016⁶⁶, la Interventoría informó a Odicco que por medio de Oficio con radicado 2016ER19129 de septiembre 22 de 2016, dio alcance a las obligaciones del contratista relacionadas con el diseño y construcción de las redes de alcantarillado externas del Proyecto, indicando que *"es necesario aclararle a la CVP que las obras que debe realizar este contratista son únicamente las que se encuentren dentro del predio hasta el emisario final"*. En el mismo Oficio, informó que en reunión entre la CVP y EAAB *"se acordó que el Proyecto tendría un punto de conexión al alcantarillado del proyecto Mirador del Este de la Constructora Bolívar, punto que estaba aproximadamente a 320 metros lineales desde el punto de entrega final (emisario final) de las aguas negras del Proyecto"*. La Interventoría precisó que las anteriores obras adicionales no están contempladas dentro del objeto y alcance del Contrato de Obra, por lo que la CVP debía llegar a un acuerdo con el Contratista sobre el valor de estos estudios, diseños y presupuesto de obra del alcantarillado.
- h. El 7 de diciembre de 2016, mediante el Oficio 2016EE17246, la CVP dio respuesta al Oficio 2016ER20633 de Odicco fechado el 13 de octubre de 2016, en el sentido de indicar que, con base en el pronunciamiento de la Interventoría de 1º de diciembre de 2016, *"sería viable estudiar la posibilidad de realizar una adición al Contrato de Obra, con el objetivo de construir el tramo de conexión de alcantarillado necesario para desarrollar y permitir la habitabilidad de las viviendas que el Contratista se encuentra"*

⁶⁶ C. de Pruebas No.1 Folios119 a 120

*construyendo*⁶⁷. Como consecuencia de ello le solicitó a Odicco la cotización de los diseños, la cual sería evaluada y aprobada por la Interventoría y por el Comité Fiduciario del Proyecto. Fue así como Odicco, mediante Oficio CVP-ST-ODC-391 presentó la cotización solicitada, la cual fue remitida por la Interventoría a la CVP mediante Oficio C&R-017-2017 de enero 16 de 2017. Por oficio CVP-ST-ODC-408 de febrero 1º de 2017, Odicco presentó la propuesta económica definitiva a la Interventoría para la elaboración de los estudios y diseños del emisario de descarga final de la red de alcantarillado pluvial y sanitario, por valor de \$ 180'954.310.00, de acuerdo con los cuadros que reposan en las páginas 20 a 23 de la demanda reformada.

- i. Mediante Oficio 2017ER3300 de febrero 28 de 2017, la Interventoría envió a la CVP las respuestas a las preguntas del Comité Técnico Fiduciario en el sentido de que los diseños que le competían a Odicco para la red de alcantarillado y acueducto eran los que se encontraban dentro del Proyecto y que la obligación de elaborar los diseños de la red externa no estaba en cabeza del Contratista, por lo que debía suscribirse un contrato adicional al Contrato de Obra.
- j. Contrario a lo indicado por la Interventoría, por medio del Oficio 2017EE3677 de marzo 13 de 2017, así como en el comunicado 2016EE17246 de diciembre 7 de 2016, ambos suscritos por Juan Pablo Velásquez, la CVP respondió indicando que era obligación de Odicco realizar el diseño de las redes externas del alcantarillado del Proyecto, contrariando así sus propios actos. El cambio de posición, según se ha argumentado en el proceso, se explica en el cambio de los funcionarios superiores encargados de manejar esta clase de proyectos.
- k. Posteriormente, con el Otrosí 12, el Patrimonio Autónomo contrató adicionalmente la construcción del colector, lo cual ratifica que se trataba de una actividad ajena al alcance del contrato.
- l. ODICCO ejecutó el diseño de las redes externas al Proyecto conminado por el Patrimonio Autónomo y la CVP en el sentido de negar el pago de lo

⁶⁷ Demanda reformada, página 16

adeudado hasta tanto no se hiciera el diseño y en aras de no parar el proyecto, según el testimonio rendido por Rafael Llanos Escobar⁶⁸.

- m. El diseño de la red externa de Alcantarillado del Proyecto no estaba en cabeza de Odicco de conformidad con el Contrato, toda vez que en los Estudios Previos, el Pliego de Condiciones y el Contrato de Obra no se estableció clara y expresamente la obligación de realizar su diseño. *"Si se verifican los planos, las especificaciones y los formularios de cantidades de obra, en ninguno de ellos se previó absolutamente nada sobre el diseño y/o construcción de una red externa de alcantarillado más allá de lo interno del Proyecto"*.⁶⁹ Los diseños como obligación de Odicco, y según su propio dicho, se limitan a lo interno del Proyecto, y respecto de lo externo, a aquello que regulatoriamente es exigible – el diseño de redes hasta 50 metros afuera del Proyecto, tal como lo establece la Norma Técnica NS-068 de la EAAB –.
- n. Para determinar el concepto de red de alcantarillado externa debe tenerse en cuenta el artículo 3 del Decreto 3050 de 2013 que define la red secundaria o red local de alcantarillado, de donde infiere que *"quien debe realizar el diseño y construcción de la red secundaria-red externa- es el urbanizador y no el constructor del respectivo Proyecto"*.⁷⁰
- o. Concluye la Convocante que: (i) la obligación de realizar el diseño de la red externa de alcantarillado no está en cabeza de Odicco; (ii) las obligaciones urbanísticas que no hayan sido contempladas en los documentos precontractuales y contractuales pueden adicionarse durante la ejecución del Contrato, y (iii) dichas obras deben estar terminadas paralelamente con las viviendas del Proyecto. Todo lo anterior de acuerdo con la cláusula 3.1. del Contrato de Obra.

⁶⁸ Transcripción del testimonio de Rafael Llanos Escobar, pág. 52, señalada en los alegatos de concusión de Odicco, pág. 22.

⁶⁹ Ver Alegato de conclusión de la Convocante, pág. 6

⁷⁰ Ver Alegato de conclusión de la Convocante, pág. 7

1.2 Posición de la Parte Convocada

En relación con la obligación del contratista de elaborar el diseño de la red externa de alcantarillado, la parte Convocada afirma en su contestación de la Demanda Principal Reformada y en su alegato de conclusión, que dicha obligación sí está comprendida en el contrato, y sustenta su posición en lo siguiente.

- a. La elaboración de los diseños está comprendida en el Contrato, y precisa que *"(...) tal como se probó dentro del plenario a través de documentos: (i) tanto el pliego de condiciones y (ii) el anexo técnico contienen explícitamente la obligación del constructor de elaborar los diseños y ejecutar la construcción tanto de las redes internas como externas, requiriendo para lo último la obtención de las autorizaciones pertinentes por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá"*.
- b. El Pliego de Condiciones, al establecer el objeto del Contrato y las fases del Proyecto, expresa (punto 3.4) la obligación de realizar las redes internas de acueducto y alcantarillado en un apartado distinto al de la obligación de realizar el diseño de las redes de acueducto y alcantarillado (servidas y aguas lluvias) (punto 3.3).
- c. De acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 69 de la Resolución 0824 de 2008, las redes internas no son competencia de la EAAB, pero en el Pliego de Condiciones se estipuló la obligación de presentar ante esa entidad⁷¹ los diseños de redes de alcantarillado, lo que implicaría que se refiere a la red externa de alcantarillado.
- d. Si bien el numeral 3.3 del Pliego no discrimina el tipo de redes, el numeral 3.4 del mismo documento sí lo hace al referirse a las redes internas, como una de las obligaciones del contratista, en el *"Diseño de Redes Proyecto Arquitectónico"*. Una interpretación diferente implicaría privar de todo efecto la disposición de los Pliegos, los cuales⁷² no presentan diferencia alguna respecto del tipo de alcantarillado sobre el cual debe hacerse el diseño. En

⁷¹Pliego de condiciones, pág. 21, ver Cuaderno de pruebas No. 1, fl. 24

⁷²Contestación de la demanda, ver folio 197 del cuaderno de pruebas.

abono de dicha posición, cita el dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en la parte pertinente.

- e. Concluye la parte Convocada que *"el diseño y la construcción de las redes externas del proyecto son una actividad necesaria y determinante para la ejecución del Contrato. Sin dichos diseños y la obra de los mismos no sería posible dar habitabilidad al proyecto. Dicha conclusión está directamente conectada con la finalidad del Contrato y del Pliego de Condiciones"*.
- f. Agrega que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil, y deben ser ejecutados de buena fe, según lo manda el artículo 1603 ibídem, obligando no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.⁷³
- g. Por otra parte, observa la Convocada que la presunta inexistencia de la obligación dentro del contrato se deriva del análisis surtido por el Interventor, cuya imparcialidad en la relación contractual es cuestionable, quien, en reiteradas ocasiones, envió sendos comunicados a la CVP solicitando la adición de la obra, con una interpretación sesgada y errónea en punto a la construcción de las redes externas de alcantarillado.
- h. En cuanto a la construcción del colector, se afirma que, a diferencia del diseño, su realización no estaba incluida en la relación contractual primigenia, tal como se precisó en el Otrosí No 12.
- i. En relación con el cargo de falta de planeación endilgado al contratante por no haber hecho uso del Convenio Interadministrativo No 530 celebrado entre la CVP y la EAAB, la Convocada invoca el principio del efecto relativo de los contratos consagrado en el artículo 1602 del Código Civil en cuanto sus efectos se limitan a quienes los suscriben, pues no es posible que la Fiduciaria utilice o contemple, para la ejecución de un proyecto, ciertos recursos que emanan de un convenio interadministrativo del cual no hace parte. Agrega

⁷³ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia julio 30 de 2015, M. P. Stella Conto.

que la existencia del Convenio no incidió en la elaboración de los estudios previos, ni en el pliego de condiciones o en el anexo técnico, como tampoco en la elaboración de la propuesta por parte del proponente. Dicho acuerdo nunca fue contemplado dentro del objeto contractual, sino que, por el contrario, las obligaciones a cargo del urbanizador respecto a la construcción y diseño de la Red Externa de Acueducto y Alcantarillado fueron trasladadas al contratista. De lo dicho concluye la Convocada que no hubo incumplimiento del deber de planeación.

- j. En cuanto a la falta de aprobación de la actividad adicional de diseño y construcción de las redes de alcantarillado externas al proyecto, indica que Odicco realizó los diseños sin que se hubiera surtido el trámite previsto en el contrato para la ejecución de las obras adicionales, de acuerdo con la cláusula tercera en concordancia con la cláusula vigesimoctava del Contrato y agrega que no se atendió a la prohibición contractual de no realizar obras adicionales sin que previamente se contara con el aval del Comité Fiduciario del Fideicomiso así como "*el respecto (sic) otros*" suscrito por las partes (contratante, contratista e interventor). La ausencia del Acta de Aprobación suscrita por las partes respecto de la realización de obras adicionales al objeto contractual acredita un comportamiento de Odicco por fuera del contrato que el ordenamiento reprocha.
- k. Concluye la Convocada que la Convocante no tiene derecho a solicitar el pago de obras no previstas, razón por la cual su pretensión debe ser desestimada.

1.3 Posición del Agente del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público considera que el Pliego de Condiciones, ítem III, bajo el Título General de Elaboración de Diseños, estableció con toda precisión que éstos eran parte de dicho proceso contractual y por ende serían asumidos por quien llegare a ser el adjudicatario del contrato. Señala que la sola inclusión de ese ítem en la forma en que fue redactado y su ubicación, permiten concluir que esta obligación formaba parte del objeto del contrato y de las obligaciones del Contratista. Se refiere al efecto útil de las normas en el sentido de que, si una estipulación se produjo en un contrato, ello se hizo con el propósito de que produjera efecto, de manera que, si se introdujo en el Pliego, era

para ser asumida por los oferentes. Se trata además de ejecutar un programa de vivienda con todos los componentes que ello conlleva, lo que en el plano concreto de las obligaciones pactadas implicaba el diseño de las redes externas de alcantarillado como uno de los componentes necesarios para la viabilidad del proyecto.

1.4 Consideraciones del Tribunal

Para despachar estas pretensiones, el Tribunal hace las consideraciones siguientes:

1.4.1 Naturaleza jurídica del Contrato

La naturaleza jurídica del Contrato ha sido ya ampliamente explicada en el acápite de "Cuestiones Previas" del presente laudo, además de lo cual resulta pertinente señalar que ello no se ha discutido en el proceso, pues las partes están de acuerdo en que se trata de un contrato de derecho privado, regido por las normas de los códigos civil y de comercio.

La Caja de Vivienda Popular celebró un contrato de fiducia con Fidubogotá para manejar la construcción de un proyecto de vivienda de interés prioritario. Mediante ese contrato se constituyó un patrimonio autónomo, administrado por Fidubogotá, y en tal condición, ésta a su vez contrató la construcción de las viviendas con la sociedad Odicco Ltda. El objeto del contrato de obra fue el siguiente:

"EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON EL CONTRATANTE, A REALIZAR A PRECIO GLOBAL FIJO SIN FÓRMULA DE REAJUSTE, LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS, DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, ESCRITURACIÓN, REGISTRO DE LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO -VIP- DEL PROYECTO A DESARROLLAR EN EL PREDIO DENOMINADO LA ARBOLEDA SANTA TERESITA EN LA LOCALIDAD DE SAN CRISTOBAL, DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.".

Se trata pues de un contrato de obra civil de naturaleza jurídica privada, regido por la Constitución Política, las normas comerciales y civiles, las reglas previstas en la invitación y en el contrato, de acuerdo con lo estipulado en su cláusula vigésima segunda.

1.4.2 El Contrato a Precio Global

El mismo contrato analizado, si bien en su objeto contempla que se trata de un contrato a precio global fijo y sin fórmula de reajuste, también señala en su cláusula tercera que "No se pagarán sumas adicionales por ninguna actividad relativa a la ejecución integral del contrato, *salvo lo relacionado con la tala o traslado de individuos arbóreos aprobada por la Secretaría Distrital de Ambiente o las obligaciones urbanísticas que no se hayan contemplado en los presentes pliegos, así mismo, la ejecución de las actividades complementarias del urbanismo, podrán adicionarse durante la ejecución del contrato. En todo caso, es obligación del oferente realizar el presupuesto y diseños complementarios de las obras de urbanismo básicas y complementarias que conforman la totalidad del proyecto. Las actividades señaladas serán asumidas por la Caja de Vivienda Popular, siempre y cuando dichas actividades u obras adicionales se encuentren aprobadas por el interventor del contrato y avaladas por el Comité Directivo del Fideicomiso*".⁷⁴ (Las cursivas no son del texto).

Indica entonces la cláusula tercera precitada, (i) que el precio global del contrato puede variar en las condiciones allí previstas, como por ejemplo en lo que tiene que ver con la actividad de tala de árboles, por lo que no se trata de un valor inmodificable; (ii) que pueden existir obligaciones urbanísticas no previstas en los pliego, así como actividades complementarias de urbanismo, que en caso de darse, podrán ser objeto de adición, y (iii) que las actividades indicadas serán asumidas por la CVP, con la aprobación del interventor y del Comité Directivo del Fideicomiso.

1.4.3 Obligaciones del Urbanizador

Es punto central de la controversia planteada al Tribunal el establecimiento de las obligaciones del urbanizador y del constructor en el punto del diseño de la red externa de alcantarillado en el Proyecto en cuestión, para lo cual se acudirá al Decreto 3050 de 2013 y a la Resolución No 755 de 2014 de la EAAB.

El Decreto 3050 de diciembre 27 de 2013, por el cual se establecen las condiciones para el trámite de las solicitudes de viabilidad y disponibilidad de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, define en el artículo 3º numeral 7 el concepto de **red matriz o red primaria** de alcantarillado como "*el conjunto de tuberías,*

⁷⁴ C. de Pruebas No. 1, Folio 90.

accesorios, estructuras y equipos que reciben el agua procedente de las redes secundarias o locales y las transporta hasta las plantas de tratamiento de aguas residuales o hasta el sitio de su disposición final”, y agrega que “su diseño, construcción y mantenimiento estará a cargo de la empresa prestadora del servicio, la cual deberá recuperar su inversión a través de tarifas de servicios públicos”.

En ese orden de ideas, el numeral 8 del mismo Artículo define el concepto de **red secundaria o red local** de alcantarillado, como el *“Conjunto de tuberías, accesorios, estructura y equipos que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas lluvias, residuales o combinadas de una comunidad y al cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles y llega hasta la red matriz o primaria de alcantarillado”,* estableciendo además que *“su diseño y construcción corresponde a los urbanizadores”.*

De su parte, la Resolución No 755 de 2014 de la EAAB, por la cual se establece el Reglamento de Urbanizadores y Constructores, define el concepto de instalaciones internas de alcantarillado como *“el conjunto de tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de tratamiento, evacuación y ventilación de residuos líquidos, instalados en un inmueble hasta la caja de inspección que se conecta a la red local de alcantarillado de aguas negras y lluvias. En conjuntos residenciales conformados por varias unidades independientes, habrá una caja de inspección general ubicada en la entrada del conjunto hasta dónde llega la red local”.*

La precitada resolución, al definir la Licencia de Urbanización, incluye entre sus elementos la ejecución de infraestructura de servicios públicos, en los términos siguientes:

“Es la autorización previa para ejecutar en uno o varios predios localizados en suelo urbano, la creación de espacios públicos y privados, así como las vías públicas y la ejecución de obras de infraestructura de servicios públicos domiciliarios que permitan la adecuación, dotación y subdivisión de estos terrenos para la futura construcción de edificaciones con destino a usos urbanos, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, los instrumentos que lo desarrollen y complementen, las leyes y demás reglamentaciones que expida el Gobierno Nacional.

“Las licencias de urbanización concretan el marco normativo general sobre usos, edificabilidad, volumetría, accesibilidad y demás aspectos técnicos con base en el cual se expedirán las licencias de construcción para obra nueva en los predios

resultantes de la urbanización. Con la licencia de urbanización se aprobará el plano urbanístico, el cual contendrá la representación gráfica de la urbanización, identificando todos los elementos que la componen para facilitar su comprensión, tales como: afectaciones, cesiones públicas para parques, equipamientos y vías locales, áreas útiles y el cuadro de áreas en el que se cuantifique las dimensiones de cada uno de los anteriores elementos y se haga su amojonamiento."

De acuerdo con el artículo 17 de la resolución en cita, sobre la revisión del Proyecto de Redes Externas, *"El urbanizador elabora y presenta para aprobación del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ los diseños de redes externas de acueducto y alcantarillado para todo el predio, de acuerdo con la alternativa técnica que considere conveniente y se ajuste a las normas técnicas del SISTEC"*, siguiendo el sistema de categorización para el trámite de solicitud de revisión de diseño, que prevé el artículo 18 ibídem, según se trate de categorías de baja o de alta complejidad. Según los términos del artículo 28 de la resolución comentada, *"La ejecución, coordinación y entrega de redes externas son responsabilidad del urbanizador"*.

De otra parte, el artículo 59, parágrafo, al regular las etapas del proceso de aprobación de acometidas, establece que *"Las redes internas no son competencia ni responsabilidad del Acueducto de Bogotá, por tanto, esta no revisa, ni aprueba ningún elemento en dichas redes, con excepción de la instalación propia de los medidores y las acometidas"*.

El urbanizador ha sido definido como la persona natural o jurídica autorizada por la licencia de urbanismo para desarrollar un predio con construcciones de redes e infraestructura, acordes con un plan de ordenamiento territorial y las normas urbanísticas del municipio o distrito.

Del conjunto de normas citadas en los párrafos anteriores, se tiene que el Urbanizador elabora los diseños de redes externas para todo el predio, pues el artículo 28 de la Resolución 755 de 2014 establece que *"La ejecución, coordinación y entrega de redes externas son responsabilidad del urbanizador"*. De otra parte, el diseño y construcción de la red secundaria o local de alcantarillado, a la cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles y llega hasta red matriz o primaria, corresponde a los urbanizadores.

En el caso sometido a la decisión del Tribunal, la Resolución 15-3-072 de enero 23 de 2015 de la Curaduría Urbana No. 3 indica que el Urbanizador es la Caja de Vivienda Popular.

1.4.4 La construcción del colector de aguas servidas es obra adicional

Frente a la controversia sobre la ubicación del punto de conexión de las redes internas del Proyecto a la Red Matriz del Alcantarillado, debido a que éste se situaba más allá de 50 metros de los límites del Proyecto (lo cual no ha sido controvertido), las partes convinieron en adicionar el Contrato mediante el Otrosí No. 12. En el Numeral 16, iv), Literal B), Números 3.1 y 3.2 del acápite de CONSIDERACIONES del Otrosí No. 12, se citan las *"CONSIDERACIONES DE LA DIRECCIÓN DE URBANIZACIONES Y TITULACIÓN DE LA CVP SOBRE QUE LA CONSTRUCCIÓN DEL COLECTOR Y DEMÁS OBRAS EXTERNAS DEL ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO CORRESPONDEN A OBRAS ADICIONALES NO PREVISTAS EN EL CONTRATO DE OBRAS ..."* cuyo texto es el siguiente:

"3.1. En primer lugar, es preciso manifestar que del análisis de los documentos referidos al concepto de viabilidad técnica, los presupuestos estimados, los estudios previos, la fecha de modelación financiera del proyecto, los pliegos de condiciones de la convocatoria No 001 de 2015, y el contrato de obra civil No CPS-PCVN-3-1-30589-045, no se puede evidenciar de forma clara, expresa e inequívoca, se hubiese previsto o contemplado dentro del alcance del objeto del contrato y su anexo técnico, como una obligación, responsabilidad o actividad a cargo del contratista, el efectuar la construcción del emisario de descarga final de la red de alcantarillado pluvial y sanitaria a los interceptores que disponga la EAAB, y demás redes externas de acueducto y alcantarillado.

" 3.2. (...) Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, resulta claro que no se encuentra contenido dentro del alcance del objeto y el anexo técnico del contrato de obra No. 045de 2015, y a cargo del contratista, la construcción del emisario de descarga final de la red de alcantarillado pluvial y sanitario a los interceptores que dispone la EAAB, así como tampoco a las demás redes externas de acueducto y alcantarillado del proyecto, las cuales corresponden a un urbanismo externo, más aún si las mismas se encuentran por fuera de los límites del predio en el cual se desarrolló el proyecto de vivienda". Y agrega: " ... debe tenerse en cuenta que por el

hecho que el contrato de obra ..., se hubiese pactado a precio global fijo sin fórmula de reajuste, no se puede considerar de ninguna manera que el contratante pueda exigir o imponer al contratista, el realizar obras que inicialmente no se encontraban previstas en el negocio jurídico originario, así las mismas tengan el carácter de necesarias para el correcto funcionamiento del proyecto".⁷⁵

Se aprecia de esta forma que en ejercicio de la autonomía de su voluntad, las Partes resolvieron por sí mismas y de manera explícita, mediante la suscripción del Otrosí No. 12, el asunto de si la construcción del colector era obra adicional o no. Al ser establecido que sí era obra adicional, queda superado cualquier posible debate sobre ese punto, correspondiendo al Tribunal examinar ahora el problema relacionado con la elaboración del *diseño* de esa obra adicional.

1.4.5 El diseño del colector como obra adicional

Como se ha visto en los párrafos anteriores, las partes tienen posiciones contrapuestas en este punto, pues mientras la Convocante considera que es una obligación que no está prevista en el contrato y, en consecuencia, debe ser pagada por el Contratante, por el contrario, la parte Convocada estima que dicha obligación sí está estipulada en su texto, así como en los documentos que hacen parte del mismo. De la misma opinión es el Agente del Ministerio Público.

El Tribunal considera que, de acuerdo con la interpretación de las cláusulas contractuales y de las normas jurídicas en la materia, la obligación del diseño del colector, al igual que su construcción, no estaba a cargo del contratista constructor y en consecuencia, se trata de un trabajo adicional que debe reconocerse en forma separada y adicional al valor de las obras incluidas en el Contrato, por las razones siguientes:

- (i) La cláusula tercera del contrato prevé que no están incluidas en el valor del contrato, las "*(...) obligaciones urbanísticas que no hayan sido contempladas en los presentes pliegos, así mismo, la ejecución de las actividades complementarias de urbanismos...*", las cuales podrán adicionarse durante la ejecución del contrato. Al efecto, resultan de particular importancia dos consideraciones: La primera, que la cláusula primera del contrato, referente a

⁷⁵ Ver Otrosí No. 12, pág. 5

su objeto, concibió las labores a cargo del contratista de manera integral, haciendo referencia a actividades de “...estudios, diseños, construcción, escrituración, registro...” con lo cual creó un vínculo aparentemente inescindible entre aquello que el Contratista debía diseñar y aquello que debía construir. Interpretando sistemáticamente el contrato⁷⁶, esta unión sustancial de unas labores con otras hace pensar al Tribunal que, dentro de la estructura del contrato, carece de lógica que pudiera haber a cargo del Contratista algunas labores de diseño sobre unos ítems determinados sin tener a su cargo la construcción correspondiente y viceversa, lo cual lleva a concluir que si las partes reconocieron mediante el Otrosí No. 12 que la construcción del colector no estaba incluida en el Contrato y que por ende debía reconocerse como un costo extra, ello también debe resultar aplicable a las labores de diseño, ya que por la forma como se encuentra redactado el contrato, no parece concebible lo uno sin lo otro, y que además, la misma lógica debe aplicarse a ambas actividades como se verá más adelante. La segunda consideración que fluye a partir del texto contractual es la siguiente: la aproximación que adopta el numeral 3.1 de la cláusula tercera del contrato no apunta a que las labores excluidas del Contrato lo sean únicamente en razón de exclusiones expresas y taxativas, como lo sostienen (equivocadamente a juicio de este Tribunal), tanto el testimonio de la Sra. Gladys Gutiérrez, como el del Sr. Juan Pablo Velásquez Silva, quienes han sido funcionarios de la Caja de Vivienda Popular, al señalar que el colector era parte del alcance de Odicco porque el Contrato “*en ningún momento decía que el colector no hacía parte*”⁷⁷ del mismo, o que la conclusión de que hay cosas excluidas surgía de exclusiones expresas en el contrato⁷⁸,

⁷⁶ Artículo 1622 del Código Civil: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”

⁷⁷ “DR. CUBEROS: ¿El pliego está en el expediente, pero quisiéramos entender si en el contrato que usted tuvo con el proyecto si eso era así o no?

SRA. GUTIÉRREZ: El contrato establecía que Odicco tenía unas obras básicas u unas obras complementarias y decía cuáles eran las obras que no hacían parte del alcance, dentro de esas obras que no hacían parte el alcance no hablaba del colector es decir, decía no hacen parte del alcance de Odicco las unidades de tratamiento de basura, no hacen parte del alcance de Odicco los salones comunales, no hacen parte del alcance de Odicco las obras de mitigación, pero en ningún momento decía que el colector no hacía parte.” (Transcripción del Testimonio de Gladys Gutiérrez, pág. 32).

⁷⁸ “DR. SANTOS: Es decir, ¿la conclusión de que están excluidas surge del texto mismo del contrato es eso correcto? SR. VELÁSQUEZ: Sí señor, esas cuatro actividades, ojo, a excepción del tema del diseño y constructor del colector que siempre nuestra teoría interna en la caja era que el arco tanto el diseño como la construcción del colector estaban dentro del contrato, incluido dentro del contrato.” (Transcripción del testimonio de Juan Pablo Velásquez, pág. 8)

respectivamente. Esa aproximación, se reitera, no encuentra asidero alguno en el tenor literal del ya referido numeral 3.1 del contrato, dado que allí se hace referencia al eventual reconocimiento de sumas adicionales por "*...obligaciones urbanísticas que no hayan sido contempladas...*", con lo cual es evidente que las partes no optaron en el contrato por un método de exclusiones expresas, taxativas y limitadas de actividades para que eventualmente pudieran ser acordadas y pagadas por aparte, sino que más bien, acogieron un criterio residual, en razón del cual lo no contemplado en el contrato debía entenderse como excluido, y por ende, sujeto al eventual reconocimiento de sumas adicionales. Sostener lo contrario, además, no guardaría correspondencia con la inclusión expresa de la construcción del colector como una nueva actividad, tal como se hizo mediante el Otrosí No. 12, ya que dicha labor no fue expresamente excluida en el texto del contrato, y por ende, si las exclusiones tuvieran que haber sido expresas, las partes hubieran asumido esto como ya incluido en el Contrato sin que fuera procedente suscribir un otrosí modificadorio para regular su ejecución, valor y pago.

- (ii) De otro lado, el Pliego de Condiciones en el punto de diseño de redes estipuló lo siguiente:

"1.3. ACTIVIDADES A EJECUTAR (...) ACTIVIDADES GENERALES PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE LOS PROYECTOS

(...)

"3.3. DISEÑO REDES Y DE ESPACIO PÚBLICO DEFINITIVO

- *Proyecto de señalización*
- *Estudios y Diseños de drenaje y sub-drenaje*
- *Diseño de redes de acueducto*
- *Diseño de redes de alcantarillado (servidas y aguas lluvias)*
- *Gestión ante la EAAB-ESP.*
- *...*

"3.4. DISEÑO REDES PROYECTO ARQUITECTÓNICO

- *Diseño de redes internas de acueducto*

- *Diseños de redes de alcantarillado.*⁷⁹

- (iii) El Otrosí No.12 suscrito entre las partes del Contrato, como ya se indicó, precisó que era obra adicional la construcción del emisario de descarga final de la red de alcantarillado pluvial y sanitario a los interceptores que dispone la EAAB.
- (iv) El Decreto 3050 de 2013, artículo 3, como ya se dijo, define como RED SECUNDARIA O RED LOCAL DE ALCANTARILLADO, el *"Conjunto de tuberías, accesorios, estructuras y equipo que conforman el sistema de evacuación y transporte de las aguas lluvias, residuales o combinadas de una comunidad y al cual descargan las acometidas de alcantarillado de los inmuebles y llega hasta la red matriz o primaria de alcantarillado. Su diseño y construcción corresponde a los urbanizadores"*.
- (v) La CVP y la EAAB suscribieron el Convenio Interadministrativo No 530 de noviembre 6 de 2013⁸⁰ (sobre el cual desde luego no tiene competencia el Tribunal pero sí puede utilizarlo como referencia), cuyo objeto, de acuerdo con la cláusula primera fue, el de *"aunar esfuerzos administrativos, técnicos y financieros para desarrollar y adelantar el diseño y construcción de redes externas de acueducto y alcantarillado y obras anexas en los proyectos de vivienda de interés prioritario que desarrolle la CVP"*, con lo cual parece clara la existencia de un interés público, más allá de este proyecto específico, en el diseño y construcción de esas redes externas, puesto que de otro modo no podría explicarse la intervención de la EAAB. Como lo sostiene en su testimonio el Sr. Rafael Escobar Llanos, el colector *"(...) es una red primaria, porque es una red de la cual todas las aguas servidas, no van a recoger (...) exclusivamente el proyecto nuestro, sino que están recogiendo todos los predios vecinos, a nosotros nos contrataron para 1032 viviendas y nosotros somos responsables de la evacuación de las aguas servidas y de las aguas lluvias de las 1032 viviendas, no de todo el barrio que queda abajo, que tiene muchísimas más viviendas inclusive ahí hay un proyecto de Constructora Bolívar al frente que le tocó salir a encontrarse también a sus 50 metros (...)"*⁸¹, y en

⁷⁹ C. de Pruebas No.4, Folio 348, CD aportado con la reforma de la demanda, prueba No.5 - Pliego de Condiciones 5, PÁGS 14, 15, 21 Y 22.

⁸⁰ C. de Pruebas No.1, Folios 9 a 13.

⁸¹ Transcripción del Testimonio de Rafael Escobar, pág. 52.

consecuencia, dado que el contrato objeto de este proceso, según se estipula en su cláusula primera, se circunscribe al proyecto a ser desarrollado en el *"...predio denominado La Arboleda Santa Teresita..."*, todo aquello que trascienda su límite espacial o funcional excede también la labor inicialmente contratada.

- (vi) La Norma Técnica NS-068 de la EAAB establece el diseño de redes hasta 50 metros por fuera del Proyecto como obligación del Constructor, sin que ello pueda considerarse obra adicional con lo cual, *contrario sensu*, es dable interpretar que lo que exceda dicho límite sí puede considerarse como algo adicional de manera integral (es decir, tanto en su construcción como en su diseño).
- (vii) La Interventoría manifestó a ODICCO y a la CVP que el diseño de la red externa de alcantarillado no estaba previsto en el contrato sino que era obra adicional, tal como lo sostiene en el Comunicado C&R 289-2016 de noviembre 15 de 2016; y en el C&R-060-2017 de febrero 28 de 2017⁸², al igual que en el Comunicado 2016EE17246 de 7 de diciembre de 2016 de la CVP⁸³, en donde se menciona que la Interventoría ha indicado que era viable realizar un contrato adicional respecto de esta materia. Además, la primera de las comunicaciones referidas, al sostener que se trata de obras no contempladas en el objeto y alcance del contrato, señala que es por ello *"...por lo que consideramos que se debe realizar inicialmente un diseño y verificación de la capacidad del alcantarillado existente para su aprobación..."*, para concluir diciendo que *"...es labor de la CVP llegar a un acuerdo con el contratista del valor de estos estudios, diseños y presupuesto de obra..."*⁸⁴

La Convocada al analizar el pliego de condiciones considera que éste ubica la obligación de realizar las redes internas de acueducto y alcantarillado (punto 3.4) en un apartado distinto a la obligación de realizar el diseño de las redes de acueducto y alcantarillado (punto 3.3), de donde concluye que, si bien éste no menciona expresamente la palabra externa, una lectura armónica permite interpretar sin dificultad que hacía referencia a las

⁸² Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 123.

⁸³ Cuaderno de Pruebas No.1, Folio 121

⁸⁴ C. de Pruebas No.1 Folios 119 a 120

mismas. Agrega que lo dicho se encuentra en concordancia con el Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

No comparte el Tribunal la tesis de la parte Convocada porque los elementos contractuales precitados, como son el objeto del Contrato, el Pliego de Condiciones, el Otrosí No 12, el concepto de la Interventoría, inclusive el concepto inicial de la CVP sobre la posibilidad de un contrato adicional para elaborar el diseño de la red externa de alcantarillado, amén de las disposiciones legales y reglamentarias que le imponen al urbanizador esa carga, establecen que corresponde a éste, que en este caso es la Caja de Vivienda Popular, la obligación de diseñar la red externa de alcantarillado en el Proyecto en cuestión, la cual el contrato no transfiere al Contratista.

Al efecto, no sobra destacar que, aun cuando el dictamen de la Sociedad Colombiana de Ingenieros concluye que *"...el diseño del colector o emisor final de aguas residuales sí está incluido dentro del diseño de redes de alcantarillado, la cual hace parte de las obligaciones que tiene el contratista..."*, también indica que el pliego (y no el contrato) contemplaba esa obligación. Para el Tribunal, esta conclusión específica del dictamen pericial SCI no es de recibo, no solo por estar refiriéndose a un asunto puramente obligacional y por ende de contenido legal, que por ende no es del resorte de un perito técnico, sino porque además el parágrafo 2 de la cláusula primera del Contrato señala expresamente que *"...en caso de contradicción entre el contenido de los documentos previstos en la presente cláusula y el texto del Contrato, prevalecerá lo estipulado en este último..."*, ante lo cual, siendo el pliego (términos de referencia) uno de los documentos listados en esa cláusula, no puede prevalecer lo dicho en él sobre el Contrato. De ahí que la opinión sobre un tema netamente jurídico por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros no tenga cabida, no solo por ser eso, es decir, por ser una opinión legal emitida por un perito técnico, sino porque además, no se compadece con los términos del contrato.

Por lo demás, el mismo dictamen concluye en su página 69 que *"luego de revisada la información contractual y precontractual pertinente, se determina que no existe documento alguno donde se brinde claridad por parte de la entidad contratante en cuanto a la actividad de construcción del colector"*, y agrega que *"...debido a la magnitud, valor y complejidad de esta actividad en particular..."* no podría sobrentenderse, sino que, por

el contrario, debería haber quedado contemplada expresamente. Al finalizar el capítulo respectivo se indica en el citado dictamen lo siguiente:

*"Como conclusión de todo lo anterior la Sociedad Colombiana de Ingenieros SCI estableció que de acuerdo a lo estipulado en el contrato de obra, anexo técnico, pliego de condiciones y demás documentación precontractual, no se encuentra comprendido o previsto dentro de su alcance la construcción del colector o emisor final de aguas residuales como parte del alcance de las obligaciones contractuales del contratista."*⁸⁵

Visto lo anterior, no resulta válido para este Tribunal aplicar una lógica diferente a las labores de diseño de una obra de tanta trascendencia como ésta, ni quedó demostrado en el proceso que exista razón alguna para hacerlo. Para ilustrar simplemente el punto, vale la pena traer a colación de nuevo el concepto de la interventoría, de fecha 15 de noviembre de 2016, donde en relación con la obra adicional de alcantarillado indica que *"...[E]l impacto que acarrea esta obra al barrio Nueva Delhi, es la intervención de vías, andenes, colectores, domiciliarias (SIC) y redes existentes, las que se deben renovar, actualizar y construir nuevamente..."*⁸⁶ ante lo cual es difícilmente concebible que algo de este alcance, magnitud e implicación hubiere podido sobreentenderse sin haber quedado especificado en el Contrato.

De otro lado, la Convocada considera que Odicco *"realizó los diseños sin que se hubiera surtido el trámite previsto en el contrato para la ejecución de obras adicionales"*, como son la aprobación de la actividad por el Comité Directivo del Fideicomiso y la previa suscripción del contrato de adición, desatendiendo así la prohibición contractual de no realizar obras adicionales sin que previamente se contara con el aval del Comité. Concluye que la Convocante no tiene derecho a reclamar las actividades ejecutadas por causa de la elaboración del diseño de la red externa de alcantarillado.

La Convocante considera, de su parte, que la empresa ejecutó el diseño de las redes de alcantarillado externo en virtud de que fue conminada por el Patrimonio Autónomo y la CVP por la vía de negarle el pago de lo adeudado por otros conceptos hasta tanto no se hiciera tal diseño, lo cual coincide con el dicho del testigo Rafael Llanos Escobar; además,

⁸⁵ C. de Pruebas No. 5, folio 37 vuelto.

⁸⁶ C. de Pruebas No.1 Folio 120

en aras de no parar el proyecto, la empresa decidió en determinado momento hacer el diseño, bajo la premisa de que eso lo dirimiría un tercero⁸⁷.

Independientemente de las circunstancias de conminación alegadas por el contratista para ejecutar los diseños sin la existencia de un contrato adicional, el hecho es que la construcción del Colector sí fue objeto de un contrato adicional entre las partes como obra de "urbanismo externo". Esta construcción, como ya se había señalado, llevaba inherente la obligación de contratar el diseño de tal obra adicional, pues de no ser así la construcción no habría sido posible, y porque además, como ya se ha analizado, la estructura del contrato implica que los diseños y las obras tienen una relación intrínseca (es decir, que no tiene sentido que se contrate la ejecución de obras con el contratista, pero no la elaboración de los diseños previos a las mismas), y viceversa. Así, tratándose de una obra adicional, es decir, no prevista en el contrato de obra, forzoso es concluir que su diseño tampoco lo estuvo.

Finalmente, cabe en este punto hacer una breve referencia al postulado de buena fe en la ejecución de los contratos, en razón del cual, según las voces del artículo 1603 del Código Civil, los contratos no solo obligan a lo que en ellos se expresa, sino además a todas aquellas cosas que emanan precisamente de su naturaleza. Al respecto, aunque bien puede sostenerse que en un proyecto como el que es objeto de la litis, "emana de la naturaleza" del contrato de obra el diseño y construcción de los sistemas de alcantarillado puesto que sin ello el proyecto no sería viable, según se expuso a lo largo de varios de los testimonios recibidos durante la etapa probatoria (ver, por ejemplo, testimonio de Rodrigo Díaz, representante legal de la Interventoría⁸⁸), no es menos cierto que esto mal podría suponer que todas las obras asociadas a ello estén a cargo del contratista, aún en ausencia de pacto expreso. En efecto, así como no puede haber un proyecto inmobiliario sin tierra, y ello no necesariamente implica que la tierra deba ser aportada por el contratista, así mismo, no puede entenderse que todas las obras de un proyecto, aún las no contratadas con un determinado contratista, deban estar a cargo suyo. Como lo sostuvo la parte Convocante en su alegato de conclusión, el postulado de

⁸⁷ Transcripción del testimonio de Rafael Llanos Escobar, pág. 52.

⁸⁸ "DRA. SÁNCHEZ: ¿Sirvase manifestar al Tribunal cuáles son las consecuencias de no realizar el diseño y construcción de la red externa de alcantarillado del proyecto?

SR. DÍAZ: Pues las consecuencias, como se los dije ahorita, pues no tendíamos proyecto, en realidad, si no se hubiese entregado un diseño y no se hiciese la construcción del colector básicamente no tenemos proyecto, o sea, eso y nada es lo mismo, la verdad." (Transcripción del testimonio de Rodrigo Díaz, págs. 6 y 7).

la buena fe no puede llevarse al extremo de desconocer el preciso alcance de lo pactado⁸⁹, y en consecuencia, es lógico que las obligaciones contractuales tengan un límite, y que dicho límite deba verse en función de lo acordado por las partes en el contrato. Como lo señalan muy reputados doctrinantes sobre la materia, el postulado de la buena fe se refiere a “...lo normal, lo ordinario, lo mediano...”⁹⁰, por oposición a lo extraordinario o extremo, como sería en este caso entender como una obligación implícita del contratista algo que, además de no haber quedado pactado en el contrato, es verdaderamente sustancial y económicamente gravoso.

1.4.6 El valor del diseño del Colector

La Convocante solicita el reconocimiento y pago, junto con la actualización e intereses moratorios de dicho valor, por la actividad adicional de elaborar el diseño de las redes externas de alcantarillado, soportada en los contratos celebrados por Odicco para tal finalidad, cuya relación se encuentra en la demanda, por valor total de \$ 180.596.631,00, debidamente ajustada tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

De otra parte, el Dictamen SCI no se pronuncia acerca del valor de la elaboración del diseño por considerarlo como una obligación del contratista, solamente lo hace sobre el precio del colector, de manera aproximada.

De su lado, el peritaje rendido por el ingeniero Luna informa que la consultoría para elaborar los diseños fue ejecutada a partir del 17 de marzo de 2017, terminándose 7 meses después. Precisa que, para la época de elaboración del dictamen, el diseño ya había sido revisado y no se había impartido la aprobación pertinente por parte de la EAAB.

Se señala que el valor total, incluido el pago del IVA, fue de \$ 180.596.631⁹¹, suma que en el dictamen aparece sustentada, pues el personal empleado en el diseño fue el siguiente:

- Director de Proyecto: Salario ofertado \$7.000.000 con dedicación de 0,25/mes; tiempo adecuado para la labor encomendada.

⁸⁹ Alegatos de conclusión de Odicco, pág. 7.

⁹⁰ Ospina Fernández, Guillermo / Ospina Acosta, Eduardo – “Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”, quinta edición, Editorial Temis, 1998, Página 332.

⁹¹ C. de Pruebas No. 3, Folio 58.

- Especialista estructural: Salario ofertado \$5.000.000 con dedicación de 0.10/mes; tiempo adecuado para la labor encomendada.
- Especialista en geotecnia: Salario ofertado \$5.000.000 con dedicación de 0.20/mes; tiempo adecuado para la labor encomendada.
- Especialista en hidráulica: Salario ofertado \$5.000.000 con dedicación de 0.60/mes; dedicación adecuada para la labor encomendada.
- Ingeniero residente de diseño: Salario ofertado \$4.463.349 con dedicación de 0.50/mes; dedicación adecuada para la labor encomendada.
- Profesional en el área ambiental: Salario ofertado \$1.800.000 con dedicación de 0.10/mes; dedicación adecuada para la labor encomendada.
- Dibujante 1: Salario ofertado \$1.380.000 con dedicación de 0.50/mes; dedicación adecuada para la labor encomendada.
- Topógrafo inspector: Salario ofertado \$1.380.000 con dedicación de 0.30/mes; dedicación adecuada para la labor encomendada.
- Cadenero 1: Salario ofertado \$950.000 con dedicación de 0.30/mes; dedicación adecuada para la labor encomendada.
- El factor multiplicador del personal de 2.44 está dentro del rango permitido por la EAAB (EAAB), al igual que el FM de 1.1 para los Costos Directos.

El Tribunal encuentra que el cálculo del valor de la consultoría para la elaboración del diseño de la red externa de alcantarillado descrito por el perito Luna está debidamente acreditado y en la medida en que coincide con el valor reclamado por Odicco, el Tribunal lo acepta.

Así las cosas, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión primera, en cuanto a que las obligaciones de diseño y construcción de la red de alcantarillado por parte de Odicco se extendían únicamente a la red de alcantarillado que se encuentra dentro del Proyecto La Arboleda Santa Teresita. Adicionalmente accederá a las pretensiones

segunda, tercera y cuarta. Respecto de la pretensión quinta, esta prospera en cuanto a que Odicco elaboró los diseños para la red externa de alcantarillado. La pretensión sexta prospera.

En cuanto a la pretensión séptima, el Tribunal considera que la solicitud de reconocimiento de intereses moratorios respecto del valor solicitado no es procedente, pues dichos intereses se causan a partir de la ejecutoria de la sentencia que haya reconocido y ordenado el pago de la suma de dinero, no antes, pues la obligación no era aún exigible por cuanto su existencia, cuantía y la exigibilidad misma permanecían bajo total incertidumbre por estar en discusión entre las Partes, al punto que esa diferencia tuvo que ser dirimida por el Tribunal.

Y en este punto resulta ilustrativo traer colación el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre la procedencia del reconocimiento de intereses moratorios, expuesto en los siguientes términos:

"En el caso, no se trataba de una prestación de esas características, esto es, preexistente, en tanto se puso en entredicho su existencia, vale decir, si los pagos a restituir eran o no legales. Ahora, como esto vino a definirse en la sentencia, la incertidumbre que se planteó desde la misma demanda, se disipó en ésta, de ahí que, en estricto sentido, puede afirmarse que la "obligación de pagar una cantidad de dinero", de manera alguna pervivía de antemano.

En otras palabras, el fallo emitido es de naturaleza constitutiva, que como tal carece de efectos retroactivos, pues todo se reducía simple y llanamente, en coherencia con la doctrina, a la "supresión de una incertidumbre", y no de índole declarativa de condena, caso en el cual, por regla de principio, se predicen esas consecuencias, como ocurre, en sentir de la Corte, cuando el "derecho preexiste limitándose la decisión a reconocer el estado de cosas preexistente y no a constituirlo".⁹²

En cuanto al reconocimiento de la actualización, el Tribunal la encuentra procedente y en este punto, acoge la siguiente jurisprudencia:

⁹² Corte Suprema de Justicia, Ref: C-1100131030142001-01489-01, Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2011.

"Este principio: el de la integridad del pago, por regla, presupone que, tratándose de obligaciones dinerarias insolutas, debe existir equivalencia cualitativa —y no simplemente cuantitativa— entre las unidades monetarias entregadas por el acreedor y aquellas con las que el deudor pretende solventar su prestación, si se tiene en cuenta que, como efecto del inexorable, amén de implacable transcurso del tiempo, la moneda se ve afectada —las más de las veces y, particularmente en países con economías deficitarias o inestables— por procesos inflacionarios que erosionan y, por contera, desdibujan su poder adquisitivo.

"Es por ello por lo que la Corte ha expresado, que el pago no será completo, "especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando estos pagan con moneda desvalorizada, o sea, sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto, como acertadamente lo sostienen la doctrina y la jurisprudencia, no sólo nacional sino foránea, la cual insiste en que si la obligación no es pagada oportunamente, se impone reajustarla, para representar el valor adeudado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago."⁹³

Con base en estos elementos se condenará al Patrimonio Autónomo representado por Fidubogotá al pago de \$ 180.596.631 a favor de la Convocante. El valor será actualizado desde el momento de su causación de acuerdo con el IPC y hasta la fecha de emisión del Laudo. En cuanto a la fecha de causación, de acuerdo con el Dictamen Pericial Luna es el mes de noviembre de 2017⁹⁴, la cual es acogida por cuanto no hubo oposición alguna de la parte Convocada ni de su perito la SCI sobre esta referencia. Sin embargo, dada la falta de precisión del día exacto del mes de noviembre de 2017, el Tribunal tomará el 30 de noviembre para el cálculo de la respectiva actualización.

Con lo anterior la pretensión séptima de la demanda prospera parcialmente.

Conforme con lo anterior, el Tribunal aplicará como criterio de actualización monetaria el IPC, monto que se calcula en la tabla que se inserta a continuación:

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de casación de 19 de noviembre de 2001. Expediente 6094. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁹⁴ C. de <pruebas No. 3, folio 61.

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR \$	IPC		FACTOR DE AJUSTE	CAPITAL ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		
30/11/2017	16/09/2019	180.596.631	96,55	103,03	1,06711548	192.717.461

Como consecuencia de la argumentación expuesta en este capítulo que llevó a la prosperidad de las pretensiones primera a sexta y parcialmente la séptima, se denegará la excepción interpuesta por el Patrimonio Autónomo denominada "*Existencia de la obligación de elaborar diseños de las obras de la red de alcantarillado*", en lo que se refiere a la red externa.

2. Segundo problema jurídico: ¿el objeto del Contrato de Obra incluía dentro de su alcance la tala o traslado de individuos arbóreos? Si la respuesta es negativa, ¿tiene Odicco derecho a que se le reconozcan los valores incurridos por la tala?

En las pretensiones octava a décima segunda de la demanda reformada, en relación con la tala de árboles la Convocante solicita que se declare:

- i. Que la actividad a cargo de Odicco relacionada con la tala o traslado de individuos arbóreos, constituye una actividad adicional al Contrato de Obra, de conformidad con su Cláusula 3.1.
- ii. Que Fiduciaria Bogotá como vocera del Patrimonio Autónomo realizó un estudio de mercado para la tala de individuos arbóreos sin tener en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar del Proyecto.
- iii. Que el Patrimonio Autónomo limitó la aprobación de la actividad de tala de individuos arbóreos en el sentido de que Odicco debía adecuar la cotización presentada y aprobada por la Interventoría a un valor irrisorio de \$21.975.006 que arrojó el supuesto estudio de mercado
- iv. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco la suma de \$ 181.055.846 o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de ejecutar la actividad de tala o traslado de 85 individuos arbóreos del Contrato de Obra.

- v. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitido por la ley.

De su lado la Convocada en su respuesta a la demanda expone en relación con la tala de árboles, las excepciones siguientes:

- a. Falta de aprobación de la obra adicional prevista, y
- b. Falta de acaecimiento de la condición suspensiva que da origen a la obligación adicional.

2.1 Posición de la Convocante

Las pretensiones relacionadas con la tala o traslado de individuos arbóreos se circunscriben a la fijación del valor de dicha actividad, pues, al decir de la Convocante, el Contrato establece que éste será asumido por la CVP, siempre que se encuentre aprobado por el Interventor y avalado por el Comité Directivo del Fideicomiso. Dichas pretensiones se fundamentan en concepto de la Convocante en las consideraciones siguientes:

- a. La cláusula tercera, numeral 3.1, del contrato señaló que se pagarán sumas adicionales en relación con la actividad tala de individuos arbóreos.
- b. Los días 6 y 18 de octubre se celebraron reuniones entre la CVP, Odicco y la Interventoría en las que se solicitó al Contratista de adelantar los trámites para la entrega de la propuesta de adición para la actividad de tala de árboles.
- c. El 27 de octubre de 2016, por medio del Oficio CVP-ST-ODC-846, el Contratista presentó a la Interventoría el cuadro de costos ajustado, teniendo en cuenta el presupuesto del mes de abril, aprobado por la Interventoría, adicionando los costos de compensación establecidos en la Resolución 01327 de 2016 de la Secretaría Distrital de Ambiente por la suma de \$39.798.790,00, a lo que habría que agregarle los siguientes valores: \$109.068.132 de costos directos; más \$ 36.338.076 por concepto de administración, imprevistos, utilidad e Iva sobre la utilidad, para un gran total de \$184.204.997,00.

- d. Mediante Comunicado C&R-274-2016 de octubre 28 de 2016, la Interventoría aprobó los valores presentados en la cotización de Reforesta Ltda, con dos condiciones: (i) presencia de un ingeniero forestal que acompañara la actividad y (ii) retiro de las raíces de manera técnica. Sin embargo, la CVP no aprobó el cuadro de costos y propuso ajustar la cotización a un estudio de mercado realizado por la firma ECOPAC INC que arrojó un valor total de \$21.975.006,00.
- e. El citado estudio de mercado indicó que *"la siguiente es una propuesta técnica-económica para intervenir la masa arbórea que está ubicada en el área de influencia del predio aeropuerto de Bogotá"*, lo cual indica que no tuvo en cuenta las condiciones propias del predio. Ese estudio de mercado tampoco tuvo en cuenta (i) las condiciones sociales propias del Proyecto, (ii) disposiciones HSE, y (iii) la herramienta pertinente para realizar la ejecución de la tala, tal como se demuestra en el dictamen pericial técnico. Se concluye que la cotización presentada por Odicco y aprobada por la Interventoría debe ser reconocida y pagada por el Patrimonio Autónomo.

2.2 Posición de la Convocada

Las razones de la Parte Convocada para solicitar al Tribunal la denegación de las pretensiones relacionadas con la tala de árboles que hubo de realizarse en el predio en donde se construirían las viviendas del Proyecto fueron, resumidamente, las siguientes:

- a. La tala de árboles no es asunto en discusión pues constituye una actividad adicional prevista en la cláusula 3.1 del Contrato. La obligación de podar los árboles se encontraba suspendida hasta que no se cumpliera con el procedimiento descrito en la cláusula vigesimoctava para su nacimiento, a saber, el acuerdo entre las partes sobre el precio de la actividad y la consecuente suscripción del correspondiente Otrosí modificatorio del precio. Al sustentar la excepción interpuesta en su respuesta a la demanda, la Convocada dice que *"Al analizar el material probatorio obrante en los anexos de la demanda se pudo corroborar que la Convocante no aportó el aval del Comité Directivo del Fideicomiso, exigido en la cláusula tercera del Contrato. Tampoco aportó el acta de aprobación de la obra adicional exigida en la cláusula vigesimoctava del Contrato, que debía estar firmada por el Contratista, el Contratante y el Interventor, previa aprobación del Comité*

*Directiva del Fideicomiso... En definitiva, las Partes no han alcanzado un acuerdo respecto del precio de la obra en cuestión.*⁹⁵

- b. La cláusula tercera, en concordancia con la cláusula vigesimoctava del Contrato, prohíbe modificar su valor. Sin embargo, establece excepciones relacionadas con la tala de individuos arbóreos y respecto de las obligaciones urbanísticas que no hayan sido contempladas en el Pliego, siempre que dichas actividades sean aprobadas por el Interventor, el Contratante y el Contratista y avaladas por el Comité Directivo del Fideicomiso. La cláusula establece, además, otros requisitos. Hay evidencia en el expediente de que la Convocante no aportó el aval del Comité Directivo del Fideicomiso, ni tampoco el acta de aprobación de la obra adicional porque tales documentos no fueron elaborados debido a que las partes no alcanzaron un acuerdo sobre el precio de las obras en cuestión, por lo tanto no se efectuó el trámite contractual para la aprobación de la actividad adicional.
- c. En cumplimiento de la exigencia del contrato, la Convocante solicitó la suscripción de un otrosí al contrato que "permita adelantar la tala de árboles, necesaria para el desarrollo del proyecto" y luego presentó una tabla con los costos por \$ 184.204.997,00. Frente a la propuesta, la Interventoría manifestó su conformidad y, además, señaló la necesidad de que en la ejecución de la obra estuviera siempre presente un ingeniero forestal y que las raíces fueran removidas de manera técnica.
- d. La CVP consideró excesivo el monto propuesto por el Contratista y en comunicación de febrero 9 de 2017, le presentó el estudio de mercado realizado por la entidad que determinó que el valor promedio de la tala ascendía únicamente a \$ 21.975.006.00, no llegándose así a un acuerdo sobre la fijación del precio.
- e. Odicco no allegó pruebas del estudio de mercado para materiales, equipo y mano de obra, exigidos por el Contrato para la determinación del precio de las obras adicionales y no existe acuerdo sobre el precio de la obra adicional, de acuerdo con lo cual, el Contratante, previa aprobación del Comité

⁹⁵ Ver respuesta a la demanda arbitral.

Directivo del Fideicomiso, está facultado para contratar con un tercero la ejecución del trabajo.

- f. No se cumplieron las solemnidades pactadas en el Contrato de Obra para que la obligación produjera los efectos concretos en materia de ejecución de la obra adicional. El contrato estableció requisitos de existencia a manera de solemnidad, en el entendido que, sin su cumplimiento, la obligación no produciría efecto jurídico alguno, y que una vez cumplidos los requisitos a que se ha aludido antes, el Acta de aprobación de obras adicionales, debería contener, entre otros aspectos: objeto, descripción, justificación técnica, análisis económico, acuerdo sobre el análisis del precio y análisis programático previo.
- g. Afirma la Convocada que *"en una palabra (sic), la Convocante no logró acreditar el acaecimiento de la condición suspensiva para el nacimiento de la obligación de la tala de árboles..."*⁹⁶. La falta de acuerdo entre las partes sobre la fijación del precio tuvo como consecuencia la imposibilidad de suscribir el acta de aprobación de obras adicionales, lo cual impedía a su vez el nacimiento de la obligación de talar los árboles y de pagar el precio.
- h. Frente al testimonio de Rafael Escobar quien afirma que se tuvo el visto bueno de la CVP, la Convocada plantea que ese visto bueno presuntamente dado por la CVP no implica el cumplimiento de la formalidad, toda vez que se exige adicionalmente el aval del Comité Directivo, así como la suscripción del acta. Indica que la prueba testimonial no tiene eficacia frente a las solemnidades y que la falta de documento o de un principio de prueba por escrito en este caso se deberá apreciar por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto.
- i. No se acreditó en el curso del proceso el valor de los gastos incurridos por el Contratista en la tala de árboles, pues este presentó a la entidad una cotización, sin que hubiera anexado estudios de mercado o, al menos, soporte alguno que diera cuenta de la relación entre las condiciones sociales propias del proyecto y la actividad adicional que se debía desarrollar, así

⁹⁶ Ver Sección IV de las excepciones contenidas en la respuesta a la reforma de la demanda referente a "Pretensiones relacionadas con la tala de árboles".

como de la relación con las disposiciones HSE, y el valor de las herramientas utilizadas para realizar la ejecución de la tala. La cotización presentada por el perito Carlos Luna debe descartarse por carecer de fundamento técnico.

2.3 Posición del agente del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público considera que desde el comienzo se asumió que se trataba de un ítem adicional, por lo que aquí la pregunta es sobre el procedimiento para autorizar su realización y, por ende, para su pago, respecto de lo cual las partes no llegaron a un acuerdo, pues existían discrepancias de fondo sobre el precio. Agrega: "*... sin embargo, más que la determinación del quantum, el asunto es que no aparece demostrado que se haya agotado el procedimiento para la realización del pago, en consecuencia, sería procedente la aplicación de la estipulación conforme a la cual le estaba vedado al contratista ejecutar actividades adicionales no previstas en el Contrato, sin la previa suscripción del otrosí y, al haberse realizado esta labor sin el cumplimiento de esa condición el costo, al menos desde el punto de vista contractual, lo debe asumir el contratista pues en esta (sic) circunstancias el Fideicomiso no puede pagar suma alguna*".

2.4 Consideraciones del Tribunal

Previamente al análisis de la argumentación expuesta por las partes, es necesario precisar los conceptos de tala, destroncamiento y desraizada para poder determinar luego el alcance de la obligación prevista en la cláusula tercera del contrato.

2.4.1 Conceptos de Tala y Desraizada

Se trata en este asunto del cumplimiento de una obligación contemplada como adicional en el Contrato para efectos de su remuneración, diferente a las actividades nuevas adicionales, no previstas, surgidas en el curso de su ejecución (por ejemplo, como se vio, la construcción del colector y el correspondiente diseño del mismo). En efecto, la cláusula tercera señala que en desarrollo del acuerdo de voluntades no se deben pagar "*sumas adicionales por ninguna actividad relativa a la ejecución integral del contrato, salvo lo relacionado con la tala o traslado de individuos arbóreos aprobada por la Secretaría Distrital de Ambiente (...)*".

Analizado el contenido de la cláusula tercera en su sentido gramatical, se observa que las partes estipularon que la "tala" de parte de los árboles ubicados en el predio era una actividad incluida en el Contrato puesto que, de lo contrario, no habrían hecho mención expresa y específica de la misma en la cláusula en cuestión, pero cuyo precio estaba pendiente de determinación.

En ningún caso es dable desconocer que esta actividad fue, en efecto, ejecutada por el Contratista; que para hacerlo sometió el valor correspondiente a consideración de la Interventoría desde octubre 26 de 2016⁹⁷; que ello fue aprobado por la Interventoría – cuya función es precisamente la de velar por los intereses de la entidad contratante y representarla frente al Contratista - el 28 de octubre de 2016⁹⁸; y que solo varios meses después, concretamente en febrero de 2017, junio de 2017 y julio de 2017⁹⁹, la Caja de Vivienda Popular manifestó algunas dudas sobre los valores presentados por Odicco sin que ni ella ni la Parte Convocada en este proceso hayan sustentado debidamente (o al menos no consta así en el expediente) la razonabilidad de sus glosas mediante cotizaciones que consideraran las circunstancias de tiempo, modo y lugar del Proyecto Arboleda Santa Teresita, como se analizará más adelante.

En este punto, el Tribunal advierte que no se trata aquí simplemente de atribuirle efectos jurídicos al silencio de quien contrató las obras frente al proceso de tala de árboles ni mucho menos, de desconocer los requisitos contractualmente establecidos para modificar los términos del contrato. Se trata más bien de reconocer que, ante la ostensible negligencia de la Parte Convocada en procurar por sí misma o a través de la Caja de Vivienda Popular una respuesta rápida y debidamente sustentada sobre el posible valor de la tala de árboles (actividad que, por lo demás, se insiste, sí estaba contemplada dentro del alcance del Contrato, solo que su valor estaba pendiente de fijación), el Contratista hubo de proceder a ello facilitando con esto el desarrollo del proyecto.

Ahora bien; en relación con el concepto de "tala", el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua indica lo siguiente:

- La *tala* abarca la acción de cortar por el pie un árbol o una masa de árboles.

⁹⁷ C. de Pruebas No.1, Folio 31

⁹⁸ C. de Pruebas No.1, Folio 132

⁹⁹ C. de Pruebas No.1, Folios 133, 265 y 267.

- Una vez realizada la tala queda un *tocón*, que es la parte del tronco de un árbol que queda unida a la raíz cuando lo cortan por el pie.
- La tala no abarca la acción de *desraizar*, que es la acción de arrancar las raíces de un terreno.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la acción de talar no comprende la remoción del tocón ni la desraizada del espécimen arbóreo, se limita al corte por el pie del árbol.

En consonancia con la definición antes citada, es menester advertir que la *tala* de árboles es una actividad regulada en el Distrito Capital de Bogotá mediante el Decreto No. 531 de 2010, *"por el cual se reglamenta la silvicultura urbana, zonas verdes y la jardinería en Bogotá y se definen las responsabilidades de las Entidades Distritales en relación con el tema y se dictan otras disposiciones"*, norma vigente para la época de ejecución del Contrato, la cual fue modificada parcialmente por el Decreto 383 de 2018.

El artículo 2º del Decreto 531 de 2010 define la tala como *"la actividad que implica la eliminación del individuo vegetal del arbolado urbano, mediante corte completo del fuste, independiente de su capacidad de regeneración"*. Por fuste se entiende el tronco del árbol, considerado como su tallo leñoso, a partir de donde brota de la tierra.

Se observa que la norma define la tala como el corte del tronco del árbol, independientemente que el espécimen pueda volver a crecer, toda vez que la acción de talar no comprende el desraizamiento del individuo arbóreo.

Visto el alcance del concepto de *"tala"*, no puede perderse de vista que de acuerdo con los artículos 1618 y 1621 del Código Civil:

- Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.
- En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.
- Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen.

Al tenor de las normas citadas, se observa que la voluntad de las partes en el caso en estudio fue la de ejecutar un proyecto urbanístico de vivienda de interés prioritario, para

lo cual era necesario realizar una obra civil que comprendiera la intervención del terreno a profundidad, con el propósito de poder adelantar las actividades de cimentación de las estructuras que serían destinadas a vivienda.

En los proyectos de vivienda, por lo general, se establecen especificaciones técnicas para la construcción que son de uso común en toda clase de obra civil. Concretamente, dentro de las actividades preliminares, se suele estipular una llamada "*descapote y limpieza*" o "*desmonte y limpieza*" que abarca, entre otros, los aspectos siguientes:¹⁰⁰

- Extraer los troncos, tocones y raíces.
- Retirar la vegetación superficial (hierba, maleza o residuos de sembradíos).
- Retirar fuera de la obra o terreno el producto de las actividades anteriores.
- Determinar el nivel que va a servir de referencia, teniendo como base el andén o sardinel.
- Si la nivelación se hace con manguera, utilizar una manguera plástica y transparente; a mayor longitud mejor funciona (no menos de cinco metros de largo). La manguera no debe tener burbujas.
- Colocar en ambos extremos un collar de alambre dulce; cuando no se utilice se dobla para que no se salga el agua.

Es de anotar que, en detalle, el proceso de desmonte y limpieza está conformado por las siguientes actividades:¹⁰¹

- "Talado. Se refiere al corte de árboles por una sección próxima al suelo (entre 0,50 m y 1.00 m). Esta operación se ejecuta por medio de motosierras.
- Separación del fuste y el follaje. También se ejecuta por medio de motosierras.
- Acopio de los fustes.
- Desbroce. Consiste en separar los brazos del follaje.
- Retiro de tocones y raíces. Puede hacerse utilizando los siguientes recursos: tractor de orugas, retroexcavadora, ripper de un tractor de orugas, explosivos."

A la luz de las actividades que comprende el desmonte y limpieza, se observa entonces que el talado de árboles no incluye la extracción de sus raíces, actividad que exige la

¹⁰⁰ Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Especificaciones Técnicas para construcción de vivienda. En <https://sites.google.com/a/correo.udistrital.edu.co/manualviviendas/2-especificaciones-tecnicas-de-construccion/Preliminares/Descapote-y-limpieza>

¹⁰¹ Edgard Zapata G, Construcción de Infraestructura Vial. Universidad Nacional Sede Medellín. Facultad de Minas

contratación de un tractor o una retroexcavadora e inclusive, en algunos casos, el empleo de explosivos.

2.4.2 La labor desarrollada por el Contratista y sus consecuencias a la luz del Contrato.

Vistas las diferencias entre tala de árboles en sentido estricto, y la actividad de "destronque y retiro de tocones y raíces", conforme a lo dispuesto en los artículos 1618 y 1621 del Código Civil, el Tribunal concluye que la intención de las partes en el Contrato, no fue simplemente la de talar los árboles, sino, más allá de ello, la de realizar actividades de retiro de tocones y raíces, puesto que la simple tala, sin la extracción de las raíces, impediría el desarrollo de las obras civiles de cimentación de las estructuras.

De acuerdo con la Resolución No. 01327 de septiembre 19 de 2016, de la Subdirección de Silvicultura Flora y Fauna Silvestre de la Secretaría Distrital del Ambiente, la tala de los árboles estuvo justificada técnicamente porque se encontraban emplazados "*en zona donde interfiere directamente con el proyecto constructivo*". Su artículo primero autorizó la tala de los siguientes individuos arbóreos: 2-Acacias melanoxylon, 2-Alnus acuminata, 1-Carica pubescens, 30-Cupressus lusitanica, 19-Eucalyptus globulus, 1-Myrcianthes leucoxylla, 3-Prunus serotina, 19-Sambucus nigra, 8-Smallanthus pyramidalis.

Es cierto que para el desarrollo de las actividades adicionales estaba previsto un procedimiento que, de acuerdo con la cláusula 3.1 del Contrato, necesitaba que la actividad u obra adicional contara con la aprobación del Interventor y el aval del Comité Directivo del Fideicomiso. El numeral 8 de la cláusula octava del Contrato prevé el sometimiento de las prórrogas a la consideración del Comité, la aprobación de obras adicionales y no previstas, las modificaciones a las especificaciones técnicas de construcción y otras solicitudes de cambio, acompañando las solicitudes de la justificación técnica y económica.

No obstante lo anterior, para el Tribunal resulta claro que, en términos estrictos, la tala de árboles no constituía una actividad u obra adicional porque sí estaba mencionada, y por ende prevista contractualmente en la cláusula tercera del Contrato y, además, era necesaria para el adelantamiento de la construcción, ya que, de no producirse, el proyecto quedaba paralizado. La necesidad y la urgencia en el adelantamiento de la labor por causa de la brevedad de los términos contractuales justifica, en concepto del Tribunal, que el Contratista hubiera adelantado la tala de los árboles y su desraizada sin que se hubiera

llegado a obtener el aval del Comité Directivo del Fideicomiso, pues el contratista contaba con el concepto favorable del interventor del contrato, que es el vocero de la parte contratante en el curso de la ejecución contractual, pues el numeral 1 de la cláusula octava precitada, sobre supervisión e interventoría del contrato, establece que "*El CONTRATANTE ejercerá mediante el INTERVENTOR las labores de vigilancia, supervisión y control de la ejecución del objeto y obligaciones del presente contrato...*".

No resulta entonces válido para este Tribunal el argumento de que por no haberse cumplido con los requisitos para el pago de obligaciones urbanísticas no previstas en los pliegos o de actividades complementarias de urbanismo, el Patrimonio no tiene la obligación de pagar la tala de los árboles que ocupaban el área de terreno construible, pues esa actividad sí estaba prevista contractualmente y su valor, como se dijo, fue aprobado por el Interventor.

Aclarada la intención de las partes y el alcance de la obligación, se procede a analizar cuál debe ser el valor para dicha actividad inherente a la obra civil contratada.

De acuerdo con el artículo 2054 del Código Civil, si no se ha fijado precio (en todo o en parte, debe entenderse) en los contratos para la confección de una obra material, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos. En el asunto *sub iúdice*, se trata de establecer el precio de la tala de árboles como un elemento necesario para el adelantamiento del contrato de construcción.

2.4.3 El pago de la tala de árboles

No hay discusión en el proceso sobre el hecho de haber realizado el Contratista la actividad de tala de árboles prevista en la cláusula tercera del Contrato como una actividad contractual. Reza dicha cláusula que "*No se pagarán sumas adicionales por ninguna actividad relativa a la ejecución integral del contrato, salvo las relacionadas con la tala o traslado de individuos arbóreos aprobada por la Secretaría Distrital de Ambiente o las obligaciones urbanísticas que no hayan sido contempladas en los presentes pliegos, así mismo, la ejecución de las actividades complementarias de urbanismo, podrán adicionarse durante la ejecución del contrato. En todo caso, es obligación del oferente realizar el presupuesto y diseños complementarios de las obras de urbanismo básicas y*

complementarias que conforman la totalidad del proyecto. Las actividades señaladas serán (sic) asumidas por la Caja de Vivienda Popular, siempre y cuando dichas actividades u obras adicionales se encuentren aprobadas por el interventor del contrato y avaladas por el Comité Directivo del Fideicomiso”.

En efecto, el contratista taló 85 árboles, cuyo costo debe ser asumido por la Convocante, en concepto de la Convocada, porque no se reunieron los requisitos contractuales como eran la aprobación del Comité Directivo del Fideicomiso y la firma previa del Acta de Obra por el Interventor, el Contratante y el Contratista, criterio que comparte el Agente del Ministerio Público.

La ausencia de firma del acuerdo sobre el valor de la tala de árboles tuvo su causa, según se ha establecido a lo largo del proceso, en la diferencia acerca del precio por la realización de esa labor, pues el Contratista presentó una cotización con la que no estuvo conforme la CVP por existir gran diferencia con una cotización por ella obtenida y con los precios de referencia del IDU y del IDRD.

En efecto, el Contratista presentó una cotización por valor de \$ 184.204.997.00, mientras la CVP consideró excesivo el precio comparado con el promedio de las cotizaciones solicitadas a las entidades distritales IDU e IDRD y a la empresa ECOPAC INC, el cual arrojó un valor de \$ 21.975.006.

La Parte Convocante observa, con razón, que el estudio de mercado hecho por la CVP para descartar su propuesta económica sobre la tala de árboles se basó, entre otros, en una cotización descontextualizada, es decir, que no tuvo en cuenta las circunstancias propias del proyecto, ya que una de ellas indicó en su parte introductoria que *"la siguiente es una propuesta técnico-económica para intervenir la masa arbórea que está ubicada en el área de influencia del predio del aeropuerto de Bogotá D.C."*¹⁰², ante lo cual resalta, adecuadamente en criterio de este Tribunal, que las condiciones del área de influencia del Aeropuerto son diferentes a las del predio "La Arboleda Santa Teresita", ubicado en zona de páramo, advirtiendo además que tal estudio no tuvo en cuenta las condiciones sociales propias del Proyecto, ni las disposiciones HSE, como tampoco las herramientas pertinentes para realizar la ejecución de la tala, lo cual explica razonada y razonablemente la diferencia de valor en las cotizaciones.

¹⁰² Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio. 276.

Otro tanto ocurre con las cotizaciones obtenidas por la Sociedad Colombiana de Ingenieros como fundamento de su dictamen, ya que en una de ellas se excluyó de manera expresa la extracción de raíces (cosa que, desde luego, resulta insuficiente para desarrollar un proyecto de vivienda), y en otra se indicó que se trataba simplemente de cortes "a nivel", con lo cual ocurre lo mismo (ver, respectivamente, la cotización presentada por Bosque & Ciudad S.A.S el 18 de mayo de 2018¹⁰³ y la presentada por Aleida Isabel Rodríguez con fecha 20 de mayo de 2018¹⁰⁴).

Así las cosas, obran en el expediente diferentes pruebas de las cuales podría inferirse el valor de la actividad de tala de árboles, sin embargo, estas evidencias arrojan sumas diferentes entre ellas. Para efectos de exponer las razones por las cuales el Tribunal habrá de decantarse por lo concluido en una de ellas, el dictamen pericial del Ingeniero Luna, a continuación se hará una síntesis de lo establecido en cada una de las cotizaciones.

2.4.5 Las Cotizaciones

- i. **La cotización de Odicco.** El valor formal de la cotización presentada por Odicco fue de \$ 184.204.997,00¹⁰⁵. Conforme puede verse en el documento en cuestión, esta cifra incluye un adicional de "*costos de compensación*" que prevé la Resolución 01327 de la Subdirección de Silvicultura, Flora y Fauna Silvestre de la Secretaría Distrital de Ambiente, cuyo artículo 2º establece *que "la CAJA DE VIVIENDA POPULAR deberá garantizar la persistencia del recurso forestal, de acuerdo a lo liquidado en el Concepto Técnico No. SSFFS-04390 del 17 de junio de 2016, compensando mediante la plantación y mantenimiento de arbolado plantando 141.05 IVP(s) que corresponden a 61.76579 SMMLV equivalentes a TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (\$39.798790)"*, como consecuencia de la intervención de los individuos arbóreos ubicados en espacio privado que interferían en el proyecto de construcción de Arboleda Santa Teresita. Lo que la cotización sugiere en este punto, es que Odicco asumiría la actividad de "compensación" y trasladaría su costo al Patrimonio Autónomo, siendo que, bajo la Resolución en cuestión, esa obligación recaía en la CVP.

¹⁰³ C. de Pruebas No. 5, Dictamen SCI, Folios 241 y 242.

¹⁰⁴ C. de Pruebas No. 5, Dictamen SCI, Folios 243 y 244.

¹⁰⁵ Cuaderno de pruebas No. 1, Folio. 131.

- ii. **La cotización de la Caja de Vivienda Popular.** Frente a la cotización presentada por ODICCO, con el fin de verificar que estuviera acorde con los precios de mercado, la CVP tomó como referencia los precios de las entidades distritales IDU e IDRD y la cotización solicitada a la empresa ECOPAC INC, promediándolos, lo cual arrojó un resultado por concepto de costo directo de \$ 16.541.217.00, más administración, imprevistos, utilidad e IVA sobre utilidad, para un precio total de \$ 21.975.006,00.

Es de observar que la propuesta técnico-económica formulada por ECOPAC INC no puede ser tenida como parámetro de referencia frente a esta actividad en el caso concreto, por lo que su validez debe ser descartada, pues, como ya se dijo atrás, prevé que es ***"para intervenir la masa arbórea que está ubicada en el área de influencia del predio del aeropuerto en Bogotá D.C"***. De otra parte, en la misma propuesta se precisa que ***"Las Talas se realizarán de acuerdo a las especificaciones técnicas, estipuladas por el Jardín Botánico de Bogotá incluye recolección y retiro de residuos producto de esta labor, el corte final se realizará a nivel de terreno como lo especifica el último contrato del Jardín Botánico para la realización de Talas del arbolado generador de riesgos en la ciudad"***. (Negritas y Subrayas no son del texto).

- iii. **Dictamen Pericial SCI.** A solicitud de la parte Convocada, la Sociedad Colombiana de Ingenieros realizó un peritaje sobre diversos temas de los que se abocan en este proceso, entre ellos, el precio a reconocer al contratista por la tala de los árboles, actividad adicional que se realizó en el año 2016. Para determinar el valor aproximado, la Sociedad solicitó dos cotizaciones: una, a la empresa BOSQUE & CIUDAD; otra, a la ingeniera agropecuaria ALEIDA ISABEL RODRÍGUEZ. La empresa cotizó la tala en la suma de \$ 29.175.500, incluido administración, imprevisto y utilidad; la ingeniera cotizó la tala de los árboles en la suma total de \$ 40.486.400.00 (no dice que en esa cifra estén incluidos los gastos de AIU). Estas cotizaciones son de 18 y 20 de mayo de 2018.

El perito toma el valor de las dos cotizaciones y los indexa, regresando dichos valores al año 2016 fecha en la que se hizo la tala, así: para la cotización de la ingeniera Aleida Rodríguez establece un valor de \$32.005.913,00, y para la

empresa Bosque & Ciudad, la suma de \$ 27.704.555,00. Al ser promediado el costo directo de esos valores, con inclusión de gastos de administración, utilidades e Iva, el dictamen llega a un COSTO TOTAL de \$ 34.524.293,00.¹⁰⁶

El Tribunal observa, sin embargo, que estos vendrían a ser precios estándar, en los que no se previeron el valor de la desraizada de los árboles, actividad que puede resultar muy costosa, ni el entorno social particular del predio a desarborizar, por lo que tampoco constituye un criterio de recibo para estimar el valor de esta actividad.

- iv. El dictamen de Carlos Fernando Luna.** La Parte Convocante aportó un dictamen técnico sobre los temas objeto de este litigio, realizado por el ingeniero Carlos Fernando Luna, quien anotó, en particular, sobre la tala de árboles que las condiciones del terreno no permitían realizar una **tala convencional**, habida cuenta del acceso al lote, la topografía del sitio y las especies a talar, las condiciones sociales, el clima y las disposiciones HSE. La altura de los individuos arbóreos oscilaba entre 2 y 20 metros. Después de analizar los ítems relacionados con herramienta menor, motosierras, retro CAT 320 D, Cargador, retiro a sitio autorizado SDA y cuadrilla de personal, el perito encontró orden de magnitud y sentido al precio presentado por Odicco.¹⁰⁷

Estima el perito que los precios de IDU y de IDRD están únicamente en función de la altura de las unidades a talar como también los de ECOPAC INC, además, de que éstos están *"muy adaptados a una tala en sitio plano y dentro de la ciudad, para una cantidad mucho mayor de árboles, (tal como un bosque homogéneo), comparada con los 85 individuos dispersos que debía ejecutar el contratista"*.¹⁰⁸

El cálculo del valor total de la tala y resiembra de árboles se presenta descompuesto así: **(i)** tala y disposición de árboles, \$ 106.560.845,00; **(ii)** AIU (30%), \$ 31.968.254,00; **(iii)** IVA (16% sobre U del 16%), 2'727.958,00, y **(iv)** cuota de compensación, \$ 39.798.790,00.

¹⁰⁶ Ver Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, pág. 250

¹⁰⁷ Ver dictamen de Carlos Fernando Luna, páginas 64 y ss.

¹⁰⁸ Ver dictamen de Carlos Fernando Luna, pág. 76.

Esos factores arrojan un total de \$ 181.055.846,00. Adicionalmente en el Dictamen del perito Luna se indica que la fecha de pago debió darse en febrero de 2017.

2.4.6 Contrato adicional y actividades adicionales

El Contrato establece la necesidad de celebrar contratos adicionales para la realización de actividades adicionales. La cláusula tercera prescribe que las actividades señaladas (tala de árboles y obligaciones urbanísticas no contempladas y ejecución de actividades complementarias de urbanismo) serán asumidas por la CVP, *"siempre y cuando dichas actividades u obras adicionales se encuentren aprobadas por el interventor del contrato y avaladas por el Comité Directivo del Fideicomiso"*. Agrega la cláusula tercera (3.2.2., párrafo segundo), cuando regula la forma de pago de Actividades adicionales no previstas, que *"Le está prohibido a EL CONTRATISTA ejecutar actividades adicionales **no previstas en el Contrato**, sin que, previamente, se haya suscrito el respectivo Contrato u otrosí adicional. Cualquier actividad que ejecute sin la celebración previa del documento contractual será asumida por cuenta y riesgo de EL CONTRATISTA, de manera que EL CONTRATANTE no reconocerá su costo"*.

A pesar de lo anterior, el Tribunal considera que la situación regulada en el párrafo de la cláusula tercera para ejecutar actividades adicionales no previstas en el Contrato, y para el pago de las mismas, es decir, de las actividades adicionales por parte de la Caja de Vivienda Popular (y no del fideicomiso), no resultan aplicables frente a la tala de árboles, porque esta actividad sí está prevista en dicha cláusula contractual, y de manera relevante no solo porque sin la tala no era posible el adelantamiento de la construcción de los edificios, tal como lo dice el permiso otorgado por la Secretaría de Ambiente del Distrito, sino porque además el mismo contrato es explícito en decir que *"...no se pagarán sumas adicionales por ninguna actividad relativa a la ejecución integral del contrato, salvo lo relacionado con la tala o traslado de individuos arbóreos..."*. Así las cosas, es apenas evidente que dicha actividad sí fue reconocida como relativa a "la ejecución integral del contrato", luego sería contradictorio decir que la misma es adicional o no prevista en el objeto contractual, o que su precio, ese sí adicional porque estaba pendiente de fijación, no tendría que reconocerse o lo habría de pagar la Caja de Vivienda Popular, a cuyo cargo quedó solamente asumir el valor de "actividades u obras adicionales". De ahí que sea exigible solamente para el adelantamiento de la tala la aprobación del Interventor y el

aval del Comité Directivo del Fideicomiso. No era indispensable en este caso la celebración de un contrato adicional. Faltó, eso sí, el aval del Comité para la fijación del precio, pues el Interventor había aprobado el costo de la tala en cuestión, pero la falta de ese aval no significa en manera alguna que esa actividad tenga que ser asumida por el Contratista por su cuenta y riesgo, mucho menos teniendo en cuenta que, como se vio, la justificación que esgrimió el Comité Directivo del Fideicomiso para denegar la aprobación de esta actividad no estuvo debidamente soportada, puesto que las cotizaciones que se invocaron no presentaban características y alcances asimilables a los de la actividad que había de ejecutarse en el lugar donde debía realizarse, según ha quedado demostrado en el proceso y conforme ello ha sido ya analizado en el presente laudo.

Como corolario de todo lo anterior, cabe mencionar lo siguiente: hayan sido o no válidos los argumentos esgrimidos para no aprobar el valor de la tala y traslado de árboles, la disparidad de criterios entre las partes acerca del valor correspondiente indica que no hubo determinación del precio, por lo que resulta aplicable el artículo 2054 del Código Civil, ubicado en el capítulo VIII sobre *"Contratos para la confección de una obra material"*, cuyo texto ordena *"Si no se ha fijado el precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos"*. Así las cosas, tampoco es de recibo el argumento de la Convocada en cuanto a que *"...la Convocante no logró acreditar el acaecimiento de la condición suspensiva para el nacimiento de la obligación de tala de árboles, a saber, la fijación del precio de común acuerdo..."* ya que, por un lado, se está mezclando la obligación de tala, que sí estaba definida en el contrato, con la obligación de pago del precio, que estaba pendiente de determinación, y porque además, existe la norma supletiva antes referida que cubre situaciones como la que se debate, es decir, la realización de obras contratadas sin que se encuentre determinado su precio, por lo cual no es procedente que el deudor de la obligación de pago, en este caso el fideicomiso y nadie distinto de él, pueda escudarse en tal indeterminación para no pagarlo.

2.4.7 Definición del Tribunal acerca del precio de la tala de árboles

Las distintas cotizaciones muestran la dificultad de establecer el valor de la tala de árboles realizada por el Contratista como una obligación contractual, necesaria para el adelantamiento del Proyecto. Esa dificultad se refleja en la distancia existente entre las cotizaciones presentadas por ODICCO y por la CVP, así como entre los dictámenes en

cuanto al valor de la tala y la desraizada de los árboles. Habiendo apreciado en conjunto las diferentes cotizaciones junto con las demás pruebas aportadas al expediente y practicadas en el proceso, el Tribunal estima razonable el precio fijado por el perito Carlos Fernando Luna, pues tomó en cuenta los distintos factores arriba enunciados que en este caso convirtieron la actividad en una tala no convencional, además de que determinó con precisión el precio de la actividad realmente incurrido (un poco menor que el inicialmente cotizado por Odicco). En consecuencia, siendo que el precio fijado por el perito Luna resulta, como se dijo, razonable, y que la Parte Convocada no desvirtuó las conclusiones del perito en este punto en particular, ese será el concepto sobre el cual el Tribunal se basará para acceder a las pretensiones de la reforma de la demanda en este punto.

En consecuencia, el Tribunal negará la pretensión Octava dado que según el contrato celebrado por las partes, la tala o traslado de individuos arbóreos estaba prevista dentro el objeto y alcance del Contrato y por ende no constituye una actividad adicional.

La pretensión novena en virtud de la cual se solicita que se declare que la parte Convocada realizó un estudio de mercado para la tala de individuos arbóreos, tampoco ha de prosperar pues en el curso del proceso se probó que el estudio de mercado fue realizado por la CVP, que no es la parte Convocada, tal como se indica en el hecho 68 de la demanda, circunstancia que por demás fue confirmada por la testigo Gladys Gutiérrez.¹⁰⁹

Por las consideraciones expuestas en este capítulo, el Tribunal no accederá a la prosperidad de la pretensión décima, puesto que ella se refiere a la aprobación de una actividad que no era objeto de aprobación por encontrarse prevista en el contrato.

En cuanto a la pretensión décima primera, si bien está planteada como consecuencial de las anteriores, que no prosperan, el Tribunal, al amparo de lo previsto en el numeral quinto del artículo 42 del C.G.P. interpreta la demanda y concluye que la condena es viable en razón de las consideraciones antes expuestas. En tal virtud se condenará al Patrimonio Autónomo al pago de la suma de ciento ochenta y un millones cincuenta y cinco mil ochocientos cuarenta y seis pesos moneda legal (\$181.055.846 m/l).

En cuanto a la pretensión décima segunda, que prospera parcialmente, el Tribunal retoma los argumentos que se expusieron al evaluar la pretensión séptima, y en esa medida no

¹⁰⁹ Transcripción del testimonio de la señora Gladys Gutiérrez, Pag. 16.

se accederá a la imposición de una condena por concepto de intereses moratorios, pero sí a la actualización de la suma objeto de condena, tomando para el efecto el IPC. Para el cálculo de esta indexación, el Tribunal toma como referencia la mención incluida en el Dictamen Pericial Luna en cuanto a que el pago de este trabajo debió realizarse en el mes de febrero de 2017, destacando en este punto que la Convocada no expresó oposición respecto de esta fecha y tampoco hubo reparo al respecto en el Dictamen Pericial SCI.

Ahora bien, dado que no se identificó un día específico del citado mes de febrero de 2017, con idéntico parámetro al utilizado para definir la indexación del valor de los diseños de la red externa de alcantarillado, la indexación se calculará a partir del 28 de febrero de 2017, último día del citado mes.

El valor de la indexación en mención se liquida de acuerdo con la tabla que se incluye a continuación:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR \$	IPC		FACTOR DE AJUSTE	CAPITAL ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		
28/02/2017	16/09/2019	181.055.846	95,01	103,03	1,08441217	196.339.162

Como consecuencia de lo decidido en este punto, a partir de los argumentos expuestos para sustentar lo resuelto, se negarán las excepciones interpuestas por la parte Convocada identificadas como "Falta de aprobación de la obra adicional prevista", y "Falta de acaecimiento de la condición suspensiva que da origen a la obligación adicional", que no aplican por cuanto, tal como ha quedado dicho líneas atrás, no se trata de una obra adicional.

3. Tercer problema jurídico: ¿incurrió el Patrimonio Autónomo en incumplimiento del Contrato de Obra por entregar tardíamente el lote? En caso afirmativo, ¿tiene derecho Odicco a que se le reconozcan gastos adicionales incurridos por este concepto?

En relación con la supuesta entrega tardía del lote en donde habría de levantarse la construcción de las viviendas, en las pretensiones décima tercera a vigésima segunda

de la demanda reformada, la Parte Convocante solicita que se acceda a las siguientes declaraciones:

- i. Que el Patrimonio Autónomo incumplió la obligación prevista en el numeral 5.8 de la cláusula quinta del Contrato de Obra, toda vez que el predio en donde se ejecuta el Proyecto se entregó de manera incompleta a Odicco el 30 de septiembre de 2015;
 - ii. Que el Patrimonio Autónomo se obligó mediante Acta de Entrega Material el 30 de septiembre de 2015 a realizar el reasentamiento de la comunidad asentada en el Sector 1 del Proyecto para que Odicco realizara la ejecución de las obras contenidas en las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto.
 - iii. Que el predio no fue entregado a tiempo, teniendo en cuenta que la entrega material (parcial) fue hecha sólo hasta el día 30 de enero de 2017.
 - iv. Que al momento de realizar la entrega del Sector 1, Acta de entrega de 30 de enero de 2017, continuaba la presencia de familias que imposibilitaban la ejecución total de las actividades contenidas en las Fases 1, 2, 3 y 4.
 - v. Que el Patrimonio Autónomo realizó la entrega material total del predio hasta el 18 de febrero de 2017.
 - vi. Que Odicco solicitó a la Interventoría una nueva tasación de los precios definitivos de los 504 apartamentos que debían construirse en el Sector 1 del Proyecto, debido a que el precio varió por la mora en la entrega del predio.
 - vii. Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare que la Interventoría aprobó los costos por reajuste del salario mínimo entre los años 2015 a 2017 por el valor de \$ 3.143.405.462.
 - viii. Que como consecuencia Odicco incurrió en gastos adicionales para la ejecución de la Fases 1, 2, 3 y 4 del Sector 1 del Contrato de Obra;
 - ix. Que como consecuencia de lo anterior, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco los gastos adicionales en los que incurrió con motivo de la entrega tardía del predio, los cuales difieren y no hacen parte de los pactados inicialmente en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Obra, entre otros y sin limitarse:
- El mayor valor derivado de la variación de las cotizaciones que existió entre los años 2015 y 2017, así como el cambio en el costo del IVA;

- El mayor valor derivado de la variación de los salarios mínimos que existió entre los años 2015 y 2017, los cuales ascienden a la suma de \$ 3.143.405.462,00, o la suma que se demuestre en el proceso;
 - Los gastos legales incurridos entre los meses de abril de 2017 y marzo de 2017, los cuales ascienden a la suma de \$ 131.839.539,00, o la suma que se demuestre en el proceso;
 - Los gastos administrativos incurridos entre febrero de 2017 a junio de 2017, los cuales ascienden a la suma de \$ 209.456.022,00, o la suma que se demuestre en el proceso;
 - Los gastos por concepto de 120 horas de stand by de las máquinas retroexcavadora 320DL, Pajarita 420D, Pajarita 420E, Vibro compactador, entre los períodos comprendidos del 1º de julio de 2016 al 31 de enero de 2017, los cuales ascienden a la suma \$ 477.456.000,00, o la suma que se demuestre en el proceso.
- x. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

De su lado la Parte Convocada en su respuesta a la demanda expuso las siguientes excepciones:

- i. Aceptación por el contratista de la entrega parcial del inmueble y de la entrega total futura, así como la aceptación del riesgo propuesto por la ocupación mínima del inmueble;
- ii. La Convocante procede contra sus propios actos;
- iii. La Convocante cobra lo indebido;
- iv. La Convocante incurre en el "Nemo auditur suam turpitudinem allegans", pues hubo retardo en la licencia de construcción, así como retardo en la aprobación de la Prospección Arqueológica y el plan de manejo ambiental del Icanh.

3.1 Posición de la Convocante

Para fundamentar las pretensiones relacionadas con la solicitud de reajuste del valor de los apartamentos construidos en el Sector 1 del predio, el Contratista hace las siguientes consideraciones:

- a. El 23 de enero de 2015, se expidió la Resolución 15-3-0072 mediante la cual se otorgó Licencia de Urbanismo a favor de la CVP como propietaria del predio, cuyo artículo 5º estableció, además, como Urbanizador responsable a la CVP del desarrollo denominado Urbanización Arboleda Santa Teresita.
- b. En cumplimiento de las obligaciones impuestas por el numeral 5.8 de la cláusula quinta del Contrato, el 30 de septiembre de 2015, según Acta de Entrega Material del inmueble, el Patrimonio Autónomo entregó parcialmente el predio, toda vez que para esa fecha el 49% del predio denominado Sector 1 aún se encontraba ocupado por familias, situación que no permitió la correcta ejecución del Contrato, imposibilitándole a Odicco realizar cualquier actividad. El Patrimonio se obligó a adelantar el proceso de reubicación de la comunidad invasora. Allí se construirían 504 unidades de vivienda, mientras que en el Sector 2 se construirían 528 unidades de vivienda.
- c. A partir del 29 de octubre de 2015, Odicco comenzó a realizar obras de urbanismo para el Sector 2 del Proyecto, fecha en la que se realizó la apertura de la bitácora de obra. En el Acta 79 de marzo 30 de 2016 quedó consignado que existió iniciativa del Contratista para adelantar actividades de adecuación del terreno amparado en la Licencia de Urbanismo entregada por la CVP, generando un avance en los tiempos de ejecución de obra, según lo previó el Otrosí No. 2 de mayo 5 de 2016, que le adicionó en ese sentido un parágrafo a la cláusula cuarta del Contrato.
- d. Como consecuencia de la no entrega del Sector 1, Odicco solicitó a la Interventoría la modificación de la forma de pago, según consta en el Oficio CVP-ST-ODC.298 de agosto 23 de 2016, accediéndose a ello mediante el Otrosí No. 3 de noviembre 11 de 2016.

- e. El 19 de diciembre de 2016, mediante Oficio CVP-ST-ODC-382, Odicco solicitó a la Interventoría aclarar la prórroga del plazo contractual, toda vez que a la fecha no se había realizado la entrega del Sector 1, lo que imposibilitaba al Contratista realizar obras de urbanismo en ese sector, afectando directamente el plazo de ejecución del Contrato. Consecuencia de lo anterior fue la suscripción del Otrosí No. 4 de enero 12 de 2017, prorrogando el término contractual hasta el 15 de diciembre de 2017.
- f. El 30 de enero de 2017 se hizo entrega parcial del Sector 1 objeto de la controversia, pues el predio continuaba con familias ocupantes. Fue hasta el 18 de febrero de 2017 que se realizó la entrega formal y total del lote, esto es, más de 16 meses después de la suscripción del Acta de Entrega Material (parcial) del 30 de septiembre de 2015.
- g. El 21 de febrero de 2017, ver Oficio CVP-ST-ODC-428, Odicco solicitó a la Interventoría la definición inmediata de los precios definitivos que se pagarían por la construcción de los apartamentos del Sector 1, habida cuenta de las variaciones del salario mínimo del año 2015 al 2017. Mediante el Oficio C&R-064-2017 de febrero 28 de 2017 ésta consideró viable el requerimiento de Odicco de solicitar el reajuste porque la obra se retrasó por la no entrega del terreno en su totalidad, que se recibió hasta el 30 de enero de 2017, aún con dos familias ocupantes, y que hasta el 18 de febrero de 2017 se pudo realizar el cerramiento total del terreno. El 13 de marzo de 2017, mediante el Oficio No. 2017EE2342, la CVP consideró que la ocupación parcial del predio no impedía la ejecución normal del cronograma para el Sector 1 y, en consecuencia, la programación de intervención del mencionado sector no se modificó. Este oficio fue respondido el 17 de marzo de 2017 (ver Oficio CVP-ST-ODC-456), en donde Odicco expresó la preocupación frente a la posición CVP que desconoció la cantidad de riesgos que generó la entrega tardía del lote así como la postura de la entidad que en comunicaciones anteriores había manifestado que por ser un tema delicado por la presencia de menores y personas agresivas con los trabajadores de la construcción, se debía manejar la situación con la mayor cautela posible, con aplicación al máximo de todas las reglas y normativas de la seguridad industrial vigente.

- h. Dando respuesta a un Oficio de la CVP recibido el 6 de abril de 2017, la Interventoría consideró que el precio fijado por el Contrato tuvo en cuenta el SMMLV de 2015, por lo que calculó un reajuste del año 2015 al 2017, encontrando que existe una diferencia de \$ 3.143.405.462.00.
- i. Las máquinas contratadas con Rental Maskiner S.A.S estuvieron disponibles, sin poder atender el trabajo programado, del 01 de julio de 2016 al 31 de enero de 2017, el respectivo valor asciende a \$ 477.456.000.00. Planteó además que se generaron costos adicionales en relación con (i) gastos legales, y (ii) gastos administrativos por un valor de \$ 209.456.561.00, soportado con la certificación contable expedida por el revisor fiscal y contador público de Odicco.
- j. Es innegable el incumplimiento en cabeza del Patrimonio Autónomo, toda vez que la entrega tardía del lote evidentemente impidió el cabal cumplimiento del contrato.

3.2 Posición de la Convocada

Para desestimar las pretensiones de la parte Convocante relacionadas con presuntos perjuicios originados en la entrega tardía del inmueble, la Convocada hace las siguientes consideraciones:

- a. **Aceptación por el contratista de la entrega parcial del inmueble.** Desde los Pliegos se precisó que existía una ocupación mínima del inmueble, estableciéndose que en la etapa de estudios el Contratista tendría la obligación de hacer el acompañamiento social requerido por la Fiduciaria, contemplándose además que, realizados los estudios de diseño y obtenida la licencia, si resultaba inviable el desarrollo del proyecto, el Contratista aceptaba la terminación anticipada del contrato.
- b. **Entrega Sector 2.** Establecida la viabilidad del Proyecto, el 30 de septiembre de 2015 se realizó la entrega material del inmueble (sector 2) al Contratista, a sabiendas de las partes de las limitaciones temporales del Sector 1, con la obligación de realizar el manejo social de las familias que debían ser reubicadas, según consta en la correspondiente Acta de Entrega, sin que el Contratista realizara

ningún comentario o salvedad al respecto, aceptando así el riesgo propuesto por la muy parcial ocupación del inmueble.

- c. **Entrega Sector 1.** El 30 de enero de 2017 se realizó la entrega material del Sector 1, acordando las partes otorgarle un plazo a la CVP hasta el día 28 de febrero de 2017 para finalizar el reasentamiento de las familias y la entrega total del inmueble, reiterando que la ocupación parcial del predio por dos familias no impedía la ejecución normal de la obra para ese sector.
- d. **Extemporaneidad de la reclamación.** De otra parte, analizados los soportes de la reclamación de la Convocante, encuentra la Convocada que ésta es extemporánea porque en los otrosíes o prórrogas del plazo del contrato de obra (ver los otrosíes 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10) no se realizó salvedad alguna sobre los presuntos perjuicios ocasionados por la entrega tardía del inmueble, otorgándose de esa manera en su criterio una especie de finiquito de los asuntos pendientes. Adicionalmente, para la Parte Convocada resulta evidente que la Convocante convino los otrosíes modificatorios del pago y prórrogas en el plazo, sin que consignara reclamaciones, salvedades o manifestaciones de quedar pendientes tales asuntos, razón por la cual considera que al momento de suscribir los documentos que contienen cada uno de esos actos, se restableció el equilibrio económico que pudiera ser alterado.
- e. **La Convocante procede en contra de sus actos propios.** Con los otrosíes 2, 3 y 4, se abordó el problema de la ocupación parcial del Sector 1. La entrega tardía del Sector 1 se ajustó con la suscripción del Otrosí número 3, firmado el 11 de noviembre de 2016. Incluso, como medida racional de solución las partes acordaron el cambio de la forma de pago. En tal virtud, la solicitud de reajuste por ese concepto constituye una violación del acto propio.
- f. **Inicio de Actividades.** No es cierto que solo hasta el 18 de febrero de 2017, fecha en la cual realizó el cerramiento de todo el inmueble, se pudo iniciar la fase de construcción en el Sector 1 como lo afirma la Convocante, pues las anotaciones en la Bitácora de la Obra y aún el Dictamen pericial Luna, dan cuenta de actividades de adecuación de terrenos y de urbanismo como fueron las actividades de descapote, lo que lleva a afirmar que Odicco actúa en contra de sus

actos propios al alegar situaciones fácticas y jurídicas aprobadas y aceptadas al momento de ocurrencia de los hechos, lo cual configura un abuso del derecho.

- g. **Cobro de lo indebido.** Desde la génesis del Proyecto, las Partes han tenido en cuenta, en el valor global, la necesaria variación del salario mínimo a lo largo de los años de ejecución, la cual no puede considerarse un imprevisto, menos un imprevisible. De otra parte, desde la firma del contrato, no se previó que las labores de Construcción tendrían lugar en el año de 2015, pues esas labores estaban programadas para los años 2016 y 2017 (fracción). Aceptando la tesis del pretendido retardo de la entrega del inmueble, sería forzoso concluir que éste fue de 7 meses y fracción, por lo que el reajuste operaría solamente respecto de ese término.
- h. **IVA.** Tampoco se puede cobrar el cambio del costo del Iva puesto que tal cambio, necesariamente, iba a presentarse dentro de la ejecución contractual. La celebración del contrato implica riesgos normales para las partes.
- i. **Nemo auditur suam turpitudinem allegans.** La conducta del Contratista propició los retardos en la construcción, pues **(i)** hubo retardo en obtener la licencia de construcción, solamente hasta **el 2 de septiembre de 2016 ésta fue concedida** por la Curaduría Urbana No 2, por lo que el supuesto retardo se habría producido desde esa fecha; **(ii)** hubo retardo en obtener la aprobación de la Prospección Arqueológica y el plan de manejo ambiental del Icanh, de responsabilidad del contratista, según lo establecido en los Pliegos, la cual fue **concedida el 5 de diciembre** de 2016, esto es menos de 2 meses antes de que se hiciera la segunda entrega del predio; **(iii)** hubo ausencia de los perjuicios pretendidos porque **(a)** las partes tuvieron en cuenta, en el valor global, la necesaria variación del salario mínimo a lo largo de la ejecución contractual, de ahí que esa variación no puede considerarse como un imprevisto, más cuando la labor de construcción estaba programada para los años 2016 y 2017, y el retardo en la entrega del inmueble por la pequeña ocupación del Sector 1, si lo hubo, solamente fue de 7 meses y fracción y no de los años 2015 y 2017, de manera que el pretendido reajuste operaría solamente respecto de ese término y tampoco puede cobrar el cambio del costo del IVA, pues se trata de un riesgo que por su irrelevancia no altera el equilibrio económico; **(b)** el Contratista faltó al deber de

mitigar el riesgo, al no ejecutar conductas en ese sentido relacionadas con la entrega tardía del inmueble.

3.3 Posición del Agente del Ministerio Público

Considera el Ministerio Público demostrado que la entrega del predio no se materializó en la fecha inicialmente pactada así como las condiciones que determinaron la prolongación de ese plazo, a pesar de que desde el comienzo del proceso contractual se señaló la contingencia que se presentaba por la ocupación que ejercían algunas familias en una parte del lote, circunstancia que, al decir del Ministerio Público, fue conocida y aceptada por el Contratista, una de cuyas obligaciones tenía que ver con el manejo social de dichos grupos familiares.

Agrega el Agente del Ministerio Público que existen documentos suscritos por las partes referentes a la prórroga del plazo sin que Odicco hubiera consignado salvedad o requerimiento alguno relacionado con los presuntos perjuicios que reclama, lo cual, conforme a los precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado, en aplicación de los principios de buena fe y de respeto del acto propio, determinan la ausencia de fundamento de la pretensión.

Así mismo, indica que se encuentran dentro del proceso demostradas otras situaciones relacionadas con las obligaciones que la parte demandante debió cumplir como requisito previo al inicio de actividades, concretamente la referente a la obtención de la Licencia de Construcción y a la aprobación de la Prospección Arqueológica y el Plan de Manejo Ambiental del Icanh.

3.4 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal establecerá, en primer lugar, si hubo incumplimiento del Patrimonio Autónomo, que consistió en haber entregado tardíamente y en forma incompleta el predio en donde se construirían las viviendas de interés prioritario objeto del contrato; en segundo lugar, determinará la magnitud del presunto incumplimiento, si es que lo hubo, y, finalmente, la cuantía del eventual perjuicio, si es que hubo un incumplimiento generador de perjuicios.

3.4.1 El término del Contrato y la entrega del predio

3.4.1.1 El término del Contrato

El Contrato entre ODICCO LTDA y FIDUBOGOTÁ fue suscrito el día 24 de agosto de 2015, y el plazo para la ejecución contractual, de acuerdo con la cláusula segunda, fue previsto en 16 meses, distribuidos así:

- (i) Preliminares, estudios y licencias 15 semanas (3.75 meses);
- (ii) Construcción, 33 semanas (8.25 meses), y
- (iii) Entrega, escrituración y liquidación del contrato, 16 semanas (4 meses).

El Acta de Inicio del contrato fue suscrita el 30 de septiembre de 2015, por lo que a partir de esa fecha empezó su ejecución. El término de ejecución contractual se prorrogó por distintas razones, unas veces por nuevas cantidades de obras, y otras, por asuntos surgidos en el curso de la ejecución, según aparece en algunos de los doce Otrosíes que las partes han suscrito durante la vigencia del Contrato, como se resume a continuación:

- (i) **Otrosí No. 4 de 12 de enero de 2017**, por el cual se introdujo a solicitud del Contratista, una prórroga del término del Contrato hasta el 15 de diciembre de 2017 y efectuando una redistribución de los plazos establecidos para las fases 5, 6 y 8 (entrega, registro y liquidación).
- (ii) **Otrosí No. 6 de septiembre 15 de 2017**, por el cual las partes modificaron el objeto del contrato, adicionando el parágrafo 3 a la cláusula primera, en donde *"El contratista se obliga para con el contratante a realizar a precio global fijo sin fórmula de reajuste la construcción de las obras de mitigación para estabilidad del proyecto, y demás actividades contenidas en el acta de aprobación de obras adicionales..."*, para lo cual se modificó en forma voluntaria y de común acuerdo la cláusula segunda sobre el plazo de ejecución contractual, adicionándole el término requerido para la ejecución de tales obras que *"serán ejecutadas por el contratista dentro del término de seis (6) meses, los cuales empezarán a correr a partir de la suscripción del acta de inicio"*.
- (iii) **Otrosí No 7 de 19 de septiembre de 2017**, por el cual las partes, en forma voluntaria y de común acuerdo, prorrogaron el plazo de ejecución de la fase 5

de construcción del contrato por el término de 114 días calendario, a partir del 20 de septiembre hasta el 11 de enero de 2018.

- (iv) **Otrosí No 8 de 11 de enero de 2018**, por el cual las partes, en forma voluntaria y de común acuerdo, prorrogaron el plazo de ejecución de la fase 5 de construcción por el término de 94 días calendario, el cual empezará a correr a partir del 12 de enero de 2018 **y hasta el 15 de abril de 2018**. Agrega este documento que la prórroga no implica exoneración de la responsabilidad contractual que le sea atribuible al contratista por concepto de incumplimiento en la ejecución contractual.
- (v) **Otrosí No 10 de marzo 15 de 2018**, por el cual las partes en forma voluntaria y de común acuerdo prorrogaron única y exclusivamente el plazo de ejecución de las obras de mitigación por el término de 19 días calendario, el cual empezará a correr a partir del día 16 de marzo de 2018 y hasta el 3 de abril de 2018.
- (vi) **Otrosí No 12 de diciembre 28 de 2018**, por el cual las partes en forma voluntaria y de común acuerdo modificaron el objeto del contrato, adicionando la realización de los estudios de estabilidad de los taludes y construcción de las redes externas de acueducto, además de modificar el plazo para la ejecución contractual, prorrogando la fase 5 de construcción por ocho (8) meses, contados a partir del 1º de diciembre de 2018.

El Tribunal observa que en los distintos Otrosíes en donde se pactaron nuevas obras, así como también en los que se prorrogó el plazo de ejecución contractual, las partes siempre encabezaron esos documentos afirmando que lo hacían voluntariamente y de mutuo acuerdo. Adicionalmente, se aprecia que las Partes no expresaron salvedades relevantes para este asunto en los otrosíes celebrados con anterioridad a la iniciación del presente trámite arbitral, salvo en el Otrosí 8, en el cual se incluyó un parágrafo al final de la cláusula primera en el que se indicó que la prórroga del Contrato no implicaba exoneración alguna de la responsabilidad contractual del contratista (es decir, de la Convocante) por incumplimientos generados, sin hacerse ninguna afirmación equivalente respecto de eventuales incumplimientos del contratante de las obras, lo cual tampoco lo exonera de eventuales responsabilidades como se explica en varios apartes de este Laudo.

Para el Tribunal es claro que la ausencia de reclamaciones o constancias en los Otrosíes no constituye, en este caso particular, obstáculo alguno para poder reclamar posteriormente un posible incumplimiento, a pesar de conceptos generales en contrario establecidos en algunas jurisprudencias. Ciertamente, en el caso que nos ocupa hay una disposición contractual expresa que va en contra de esta opción, es decir, de la posibilidad de impedir que se alegue a futuro un incumplimiento no reclamado o manifestado en el momento en que se produjo, ya que la Cláusula Vigésima Novena ordinal 1º del Contrato es explícita en señalar que, *"La falta o demora de cualquiera de las partes en ejercer cualquiera de las facultades o derechos consagrados en este Contrato, o a exigir su cumplimiento, no se interpretará como una renuncia a dichos derechos o facultades, ni afectará la validez, total o parcial, del Contrato ni el derecho de la respectiva parte de ejercer posteriormente tales facultades o derechos, salvo disposición legal en contrario."* (resaltado fuera del texto), siendo esta una disposición cuya validez no fue controvertida a lo largo del proceso y a la que, en consecuencia, el Tribunal debe darle pleno valor.

Conforme con lo expuesto, la circunstancia de que la Convocante no haya expresado salvedades respecto de eventuales incumplimientos de la Convocada en ninguno de los otrosíes que se celebraron con anterioridad al presente trámite arbitral, no deslegitima sus pretensiones en este punto.

3.4.1.2 La entrega del predio

- i. **El predio.** Como se ha dicho, se trató de un Contrato de Obra Civil a precio global sin fórmula de reajuste para construir Vivienda de Interés Prioritario en el predio conocido como La Arboleda Santa Teresita, en número de 1.032 unidades de vivienda, en 43 bloques de 24 apartamentos cada uno, distribuidos en torres de 6 pisos de altura, dentro del término de 16 meses. El predio en cuestión tiene de área bruta 335.939,30 m², y de área neta urbanizable 71.307,37m², de acuerdo con la Licencia de Urbanización otorgada por la Resolución 15-3-0072 de enero 23 de 2015. El área urbanizable, para efectos de la construcción fue dividida en Sector 1 y Sector 2, separados por una quebrada.

ii. Las fases de ejecución. Las Fases especificadas de la ejecución contractual, de acuerdo con el Pliego de Condiciones, fueron las siguientes:¹¹⁰

FASE 1: Estudios Preliminares;
FASE 2: Elaboración de Estudios;
FASE 3: Elaboración de Diseños;
FASE 4: Obtención de Licencias;
FASE 5: Construcción;
FASE 6: Entrega del Proyecto;
FASE 7: Escrituración y Registro de las Viviendas, y
FASE 8: Liquidación del Contrato de Construcción.

Es de anotar que en la Fase 1: Preliminares, el Contratista debía realizar las actividades, entre otras, de *"inspección del predio en donde se va a ejecutar el proyecto, con el fin de realizar un inventario y caracterización de las actividades necesarias para la construcción del proyecto (condiciones topográficas, afectaciones por redes, escorrentías, vías, arborización existente que requiera reubicación o eliminación)."*

iii. Entrega del lote. El predio fue entregado en tres momentos:

- El 30 de septiembre de 2015 se hizo entrega material del inmueble, pero esa entrega fue parcial, dado que recayó sobre el Sector 2 únicamente, como reza la misma acta: *"Teniendo en cuenta, como es de conocimiento del contratista, que el predio señalado se encuentra parcialmente ocupado, el contratista podrá ejercer dominio de las áreas no ocupadas mientras la Caja de Vivienda Popular adelanta el proceso de reasentamiento de la comunidad allí asentada, momento a partir del cual podrá ejercer dominio sobre la totalidad del predio. El contratista a través de su equipo social y en coordinación con los equipos sociales de la Caja de Vivienda Popular y de la interventoría, realizarán el manejo social."*¹¹¹. Se trataba aproximadamente de la mitad del lote urbanizable.

¹¹⁰ Ver Pliego de Condiciones, págs. 9 y ss.

¹¹¹ Ver Acta de Entrega de 30 de septiembre de 2015.

- Posteriormente, el 30 de enero de 2017 se realizó la entrega material del Sector 1, con la observación de que el predio continuaba parcialmente ocupado por dos familias, en áreas aproximadas de 60 metros cada una, por lo que el Contratista podía tomar posesión de las áreas no ocupadas mientras la Caja de Vivienda Popular finalizaba el proceso de reasentamiento de la comunidad allí asentada, momento a partir del cual podría tomar control sobre la totalidad del predio. En esa misma acta se indicó que el plazo para el reasentamiento de las familias se extendería hasta el día 28 de febrero de 2017.
- Finalmente, la obligación de la CVP de reasentar a las dos familias aún ocupantes del Sector 1 del lote en cuestión para el día 28 de febrero de 2017, fue cumplida antes, pues éstas habían desocupado el 18 de febrero, según lo afirmado por la actora, lo cual no ha sido controvertido en el presente proceso, ante lo cual, si bien se ha establecido con las diferentes pruebas que a partir del 30 de enero de 2017 el Contratista pudo disponer de la mayor parte del terreno para la realización de las obras, solo desde el 18 de febrero está claro que se terminó la desocupación del predio quedando ya a total disposición del constructor. Al respecto, cabe anotar que, según solicitud de entrega formulada por el constructor el día 13 de febrero de 2017 para la entrega final, aun cuando las áreas ya entregadas hasta el 30 de enero constituían la mayor parte del área del proyecto, aquellas que quedaban pendientes, esto es, el espacio ocupado por las dos familias que estaban aún por desalojar se encontraba *"...en toda la mitad del predio a intervenir. Lo cual (sic) imposibilita el normal desarrollo de las actividades de obra..."*¹¹², lo cual, sumado a que el desarrollo de un proyecto completo requiere de un predio completo, conduce al Tribunal a reconocer como fecha de entrega aquella en la que culminó la labor de desocupación y entrega, es decir, el 18 de febrero de 2017.

Visto entonces que, como está demostrado, la entrega del lote del Sector 1 culminó el 18 de febrero de 2017, procede entonces definir si ello constituyó una entrega tardía. Según la parte demandante, la entrega debía haberse

¹¹² Ver folio 196 del Cuaderno de Pruebas No. 1

producido, para permitir el inicio de las obras, el mismo día del Acta de Inicio del Contrato, es decir, el 30 de septiembre de 2015, según consta en el Documento 8 del disco acompañado con la Demanda Principal Reformada¹¹³. Para el Tribunal el anterior argumento no es de recibo, pues la propia conducta de las Partes así lo indica. Al respecto es de notar que el mismo 30 de septiembre de 2015 las Partes levantaron un *"Acta de Entrega Material de un Inmueble"*¹¹⁴ constatando su entrega solamente parcial, dejándose en claro allí (como se hizo también en el acta de 30 de enero de 2017) que el contratista conocía de la ocupación parcial, lo cual si bien constituye el reconocimiento por su parte de una situación de hecho (es decir, de la ocupación y la consecuente ausencia de entrega de una parte del inmueble), no implicó una renuncia por parte del constructor a ejercer los derechos que pudieren corresponderle por ello en los términos de la cláusula vigésima novena del Contrato. En adición a lo anterior, no constando en el Contrato una fecha cierta para la obligación de entrega (obligación que desde luego es esencial para que pueda desarrollarse una obra), el Tribunal debe interpretar que el límite máximo para cumplir con dicha obligación habría de ser el momento en el que tal entrega fuere útil y necesaria para cumplir con los fines del Contrato, es decir, cuando ya el contratista constructor hubiere estado listo para iniciar sus labores, lo cual debe analizarse a la luz de las licencias requeridas, según pasa a considerarse en el acápite siguiente.

- iv. Licencias.** Para abordar este tema, el Tribunal se referirá a las licencias y permisos que han sido objeto de debate en el trámite arbitral, valga decir, la licencia de construcción, y la aprobación de la Prospección Arqueológica y el Plan de Manejo Ambiental del ICANH. De acuerdo con el Pliego de Condiciones, Alcance del Objeto 1.2., Fase 4, Obtención de Licencias, *"El contratista es el responsable de la obtención de la licencia de construcción y modificación de la*

¹¹³ Odicco manifestó en sus alegatos de conclusión: *"El Numeral 1 "Justificación" del Pliego de Condiciones del Contrato de Obra, determinó que el Proyecto se construirá en un predio de propiedad de la CVP ubicado en la TV 15 este 61A-10 sur del barrio Arboleda Santa Teresita, (...) que debía ser entregado a Odicco para la ejecución del Contrato de Obra, por supuesto, libre de toda interferencia y plenamente disponible para ejecutar la obra contratada, conclusión que no solo resulta del deber de ejecutar los contratos de buena fe (...) sino especialmente del numeral 5.8 de la cláusula 5 del Contrato de Obra en donde se estipuló como obligación a cargo del Patrimonio Autónomo, "las demás que le imponga su condición, necesarias para garantizar el cabal cumplimiento del objeto contractual"* (Alegatos de Conclusión de Odicco, pág. 26 y 27).

¹¹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folios. 175-177.

licencia de urbanismo..., así como aquellas que se requieran para la ejecución del proyecto y cualquier demora en la expedición de las mismas, será responsabilidad exclusiva del contratista...”

La Licencia de Construcción concedida por la Curaduría Urbana No. 2 quedó en firme el 2 de septiembre de 2016¹¹⁵, ante lo cual es claro que de ninguna manera hubiera podido el Contratista iniciar la construcción de las unidades de vivienda en el Sector 1 del Proyecto antes de esa fecha aún si el mismo le hubiere sido entregado para entonces, lo que no había ocurrido según está demostrado en el proceso.

De otra parte, la Convocada alega que la aprobación de la Prospección Arqueológica y el Plan de Manejo Ambiental del ICANH solo fue concedida el 5 de diciembre de 2016, por lo que el retardo en la entrega del predio del Sector 1 sería menor al deducido con fundamento en la fecha de la Licencia de Construcción (septiembre de 2016), ya que, según la Convocada, el Contratista no podía haber iniciado sus labores sino después de la aprobación de la Prospección y del Plan por el ICANH.

En relación con la licencia de construcción, el Tribunal observa que el tiempo tomado por la Curaduría para el otorgamiento de la Licencia no depende del Contratista, lo que hace de esta obligación, como lo afirma la Convocante, una de medio y no de resultado. Su obligación es simplemente la de obrar con la debida diligencia en la presentación de la documentación pertinente para la obtención de las licencias, y no está probado en el proceso que el Contratista hubiere procedido de manera contraria a este principio.

En relación con la aprobación del ICANH, el Tribunal aplica el mismo raciocinio efectuado en relación con la licencia de construcción en los siguientes términos: primero, que dependiendo su aprobación de un tercero ajeno al contratista, forzoso es concluir que se trata de una obligación de medio cuyo incumplimiento por parte de la Convocante no ha sido acreditado; segundo, que en consideración a que la aprobación del ICANH era un requisito legal indispensable para realizar labores de construcción, la demora en la entrega del

¹¹⁵ Ver Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, págs. 74 y 75.

predio, según arriba se indicó, no podía tener ningún efecto en la realización de las obras antes de la fecha de su expedición. A lo anterior se suma el hecho de no estar probada la negligencia del Contratista en la presentación de la documentación requerida para tramitar la aprobación del ICANH, sino que, por el contrario, su proceder fue acorde con la conducta esperada de su parte, y que dicha documentación desde luego no podría haberse presentado en el mismo plazo exigido contractualmente para la radicación de solicitud de la licencia de construcción, por requerir como paso previo la realización de un estudio arqueológico que es precisamente lo que se somete a la aprobación del ICANH, lo cual a su vez supone contratar a un profesional en la materia, que este realice el estudio correspondiente y que rinda su concepto, lo que difícilmente puede lograrse en el referido plazo de quince días. De hecho, el Contratista inició las gestiones encaminadas a contratar a un arqueólogo para hacer los estudios correspondientes desde los meses de abril y mayo de 2016, esto es, varios meses anteriores a la firmeza de la licencia de construcción, según consta en comunicación que no ha sido controvertida en el proceso¹¹⁶.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1080 de 2015, en su artículo 2.6.2.2., vigente al momento de los hechos y aplicable al caso que nos ocupa por tratarse de una intervención en área mayor a una hectárea¹¹⁷, se tiene que "...previo al inicio de las obras o actividades, el interesado deberá poner en marcha un Programa de Arqueología Preventiva..." "...Como condición para iniciar las obras, dicho plan deberá ser aprobado por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia...", ante lo cual es claro que hubiera o no licencia de construcción, y, más aún, hubiera o no entrega completa del predio, lo cierto es que antes de darse esa aprobación, no era legalmente posible la iniciación de las obras, por lo que para estimar el efecto de una posible demora en la entrega, habría necesariamente que descontar el tiempo que se requirió para obtener la aprobación del ICANH.

En atención a todo lo anterior, el Tribunal tendrá en cuenta que, si bien la Licencia es un acto administrativo, cuyo contenido se presume legal hasta tanto no sea anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso

¹¹⁶ Ver página 281 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹⁷ El predio en cuestión tiene de área bruta 335.939,30 m2

administrativo, lo cierto es que la licencia de construcción no resulta suficiente para la realización de obras constructivas en las que además sea legalmente requerido contar con la aprobación por parte del ICANH, y que al ser esta última una condición fijada por ley para que sea viable el inicio de las obras (y no para hacer viable la obtención de una licencia), el hecho de tener una licencia de construcción expedida no le permite al contratista constructor ampararse en ello para decir que desde la fecha de la licencia hubiere podido dar inicio al curso de las obras, ni mucho menos decir que no fue advertido de la existencia de este requisito previo cuando, se repite, es de ley, siendo bien sabido que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y que mucho menos lo es para un constructor profesional.

- v. El efecto combinado de la entrega y las licencias para la determinación de la entrega tardía.** Visto lo antes expuesto para la solución de este problema jurídico, y dado que el oficio contentivo de la aprobación del ICANH antes mencionada solo se produjo hasta el 5 de diciembre de 2016, y que la entrega completa del predio culminó el día 18 de febrero de 2017, según ha quedado establecido, es el período comprendido entre estas dos fechas, y no otro, el que puede tomarse como potencial generador de algún impacto para el contratista constructor, en este caso la Convocante, en la realización de las obras. En otras palabras, ante el silencio contractual en relación con la fecha en que ha debido producirse la entrega, el Tribunal, tal y como ya lo señaló, aplica un criterio asociado a la utilidad y necesidad de tal entrega, en el entendido que la entrega solamente era útil y necesaria a partir de la fecha en que el constructor podría haber dado inicio a sus labores de construcción, es decir, el 5 de diciembre de 2016. De acuerdo con este criterio, se tiene entonces que, en efecto, hubo una demora de 75 días en la entrega del predio, es decir, al constructor se le hizo una entrega total del inmueble 75 días después de la fecha en que ello le era útil y necesario para cumplir con los propósitos del Contrato, ya que el requisito completo de contar con la licencia de construcción y la aprobación del ICANH antes del inicio de las obras se había dado desde el 5 de diciembre del año 2016. Lo anterior conduce al Tribunal a concluir que (i) aun cuando el Contratista conocía de la ocupación parcial del lote, lo cual no ha sido controvertido en el proceso, ello no excusó al contratante de cumplir con su obligación de entrega, ni era susceptible de inhibir al constructor de un posible reclamo derivado de esa circunstancia, de

conformidad con la cláusula vigésima novena del Contrato; (ii) la obligación de entrega se cumplió en forma tardía; (iii) el retraso en la entrega tuvo un marco temporal muy inferior al pretendido por la Convocante; y (iv) esa reducción del marco temporal, junto con las consideraciones que abajo se incluyen en materia de perjuicios, llevan al Tribunal a entender que la entrega tardía también tuvo un efecto económico muy inferior al contemplado por la Convocante en su demanda.

3.4.2 Los perjuicios

La parte Convocante enuncia las pretensiones atinentes a este punto como “relacionadas con el reajuste por la entrega tardía del lote”, y dentro de ese marco, solicita al Tribunal hacer unas declaraciones relacionadas con la existencia de entrega parcial o tardía, y hacer unos reconocimientos económicos por gastos adicionales.

Respecto de lo primero, y de conformidad con los análisis que anteceden, el Tribunal ha establecido que, en efecto, se hicieron unas entregas parciales del predio al Contratista, y que la entrega total del terreno se hizo de manera tardía, por lo cual así procederá a declararlo en los términos que más adelante se contemplan. Respecto de lo segundo, es decir, de los reconocimientos económicos, la Convocante funda sus pretensiones en dos cosas: (i) en que con base en una solicitud de la misma Convocante que aparece a folio 197 del cuaderno de pruebas No.1, el interventor de las obras “...aprobó los costos por reajuste del salario mínimo entre los años 2015 a 2017 por el valor de \$3.143.405.462M/CTE...”¹¹⁸; y (ii) en que, por la entrega tardía, el Contratista incurrió en gastos adicionales.

Con respecto a las aprobaciones del Interventor a las que alude la pretensión décima novena, aparece un documento obrante al folio 206 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y fechado el 26 de abril de 2017, en el que, en efecto, el Interventor se refiere a la cifra de \$3.143.405.462M/CTE a la cual, según el mismo documento, se llega bajo la consideración de que el contrato se tasó “*teniendo en cuenta el SMMLV del año 2015*” y que por tanto “*se debe realizar el ajuste de cuerdo (sic) al esquema financiero con el que otorgó el contrato*”. Para ello se presentan unos cuadros sobre valores máximos estimados del proyecto para los años 2015 y 2017, en donde las cifras resultantes están soportadas en el monto del salario mínimo vigente en cada uno de esos años. Revisando estos cuadros,

¹¹⁸ Pretensión Décima Novena de la Reforma de la Demanda.

el Tribunal encuentra que los conceptos a los que corresponden las cifras ajustadas se refieren a diseños, obras de urbanismo y construcción, pero no encuentra sentido en que los ajustes asociados a estos conceptos se expresen en términos de salarios mínimos, por cuanto el valor del Contrato, según su cláusula tercera, quedó expresado utilizando como unidad monetaria el peso y no el salario mínimo, independientemente de las bases sobre las cuales se hubiese llegado a la determinación de esa cifra.

De otro lado, advierte el Tribunal que, de manera general, el aumento de precios y costos en la economía colombiana, salvo lo que corresponde al pago de salarios está usualmente atado al índice de inflación (IPC) y no al concepto de salario mínimo. El Tribunal comparte el criterio de la Sociedad Colombiana de Ingenieros en el punto de los ajustes a los valores presupuestados, si los hubiere, en cuanto *"no debe hacerse con base en la variación del salario mínimo entre los años, sino que técnicamente la forma adecuada de hacerlo es con la variación del IPC entre los meses en que se debía ejecutar si no hubieran existido retrasos por la entrega tardía del lote y los meses en los que se podía ejecutar existiendo los mencionados retrasos"*¹¹⁹. En ese sentido el artículo 187 del CPACA establece que *"Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustará tomando como base el Índice de Precios al Consumidor"*, a lo cual se suma que, si bien el precio de venta de las Viviendas de Interés Popular (VIP), como son las del proyecto que nos ocupa, se mide en salarios mínimos, ello no implica que deba utilizarse el mismo criterio para medir los incrementos en los costos de obra, ya que el valor de los ítems que lo componen, salvo los laborales, no está necesariamente atado a este índice.

Adicionalmente, si en gracia de discusión se aceptara la utilización del salario mínimo como patrón de medida de un ajuste o de un gasto adicional, el reconocimiento de dicho gasto requiere acreditar que efectivamente se incurrió en él, o que al menos le esté siendo facturado o cobrado a quien lo reclama, nada de lo cual se desprende del documento al que se viene aludiendo, por cuanto el mismo es explícito en señalar que se trata de unos *"valores máximos estimados"* para efectos presupuestales, es decir, de simples estimaciones a las cuales el Tribunal no puede concederles el mismo valor que si se tratara de sumas incurridas. Esto mismo se desprende del Dictamen Pericial SCI que, por lo mismo, no puede tomarse en este punto como prueba del perjuicio alegado por la entrega tardía, ya que en su página 90 se indica que el ejercicio realizado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros se trató de *"...estimar la afectación económica teórica del*

¹¹⁹ Ver página 96 del Dictamen Pericial SCI

contratista a causa de la entrega tardía del lote..." (resaltado fuera del texto), y esto se repite en la página 95 cuando se refiere al "...valor teórico aproximado que se produjo por ese retraso..." lo cual conduce al Tribunal a concluir que si los cálculos se refieren a una afectación teórica y además aproximada, pero no a una real, no pueden reconocerse los perjuicios en la forma estimada por la mencionada entidad. Adicionalmente, tampoco puede tomarse como base para el otorgamiento de los perjuicios alegados el Dictamen Pericial Luna, ya que tampoco demuestra que efectivamente se hubiere incurrido en los costos aludidos, sino que simplemente, presenta unos cálculos comparativos entre el esquema financiero del contrato y los valores correspondientes ajustados para la fecha en que se hicieron las construcciones (según todo ello consta en las páginas 25 a 29 del Dictamen Pericial Luna) sin acreditar que esa comparación se haya traducido, en forma real y efectiva, en unos mayores costos de obra. Todo lo anterior, aunado a que las pretensiones de condena bajo el acápite que se analiza (es decir, las pretensiones vigésima primera y vigésima segunda de la Demanda Principal Reformada) tienen como fundamento, según en ellas mismas se indica, que Odicco supuestamente "incurrió" en gastos adicionales, y no que se reconozca otro tipo de pérdidas por actualización de valores, hará que el Tribunal desestime, para este asunto en particular, lo establecido por los dictámenes periciales a los que se ha hecho referencia ya que, se reitera, ellos contienen ejercicios teóricos pero no son prueba de que efectivamente se haya "incurrido" en gastos adicionales.

De otro lado, frente a los denominados gastos adicionales, la Convocante alude en primer término al *"mayor valor derivado de las cotizaciones que existió entre los años 2015 y 2017, así como el costo en el cambio del IVA"* respecto de lo cual caben las mismas consideraciones antes efectuadas, esto es que una cotización no es en sí misma generadora de gasto ni prueba de que se haya incurrido en él. Igualmente, el Tribunal observa que en lo referente a las cotizaciones, la Convocante no indicó en su pretensión vigésima primera el monto que pretende atribuirle a ello, y no acreditó que esas cotizaciones se hubieren traducido en gastos realmente incurridos al no haber presentado como soporte los comprobantes de gasto correspondientes, en virtud de lo cual no es posible hacer reconocimiento alguno con fundamento en las aludidas cotizaciones.

En segundo término, la Convocante pretende soportar algunos gastos adicionales refiriéndose a gastos legales y a gastos administrativos incurridos durante ciertos periodos. Al respecto, el Tribunal encuentra que, si bien se allegó al expediente una

certificación suscrita por el Revisor Fiscal y el Contador de Odicco, con fecha 24 de julio de 2018, referente a tales gastos, en ella no se precisa cuáles de esos gastos fueron atribuibles a la entrega tardía del Sector 1, y esa misma especificidad se echa de menos tanto en el Dictamen Pericial Luna como en el Dictamen Pericial SCI, ante lo cual el Tribunal carece de elementos para emitir condena alguna en estas materias.

Adicionalmente, en cuanto a la petición de reconocimiento por concepto de horas de "stand by" de maquinaria, el Tribunal aprecia que en la prueba No. 40 aportada en disco anexo a la reforma de la demanda, aparecen 7 cuentas de cobro por parte del proveedor de maquinaria (Rental Maskiner SAS), de las cuales solo dos, la 6 y la 7, corresponden al periodo que ya ha sido establecido por este Tribunal como constitutivo de mora en la entrega del predio. Dado que esas dos cuentas de cobro sí corresponden al cobro efectivo de una prestación y no a un ejercicio meramente teórico o a una simple estimación aproximada, y que además se refieren a los meses de diciembre de 2016 y enero 2017 completos, que son los períodos que coinciden con aquellos generadores de efectos adversos por la mora en la entrega, como arriba se anotó, se hará respecto de la primera una aplicación proporcional por el número de días del mes de diciembre correspondientes al retardo en la entrega (desde el 5 de diciembre de 2016), y se hará el reconocimiento completo por el mes de enero, no obstante lo cual el Tribunal precisa que en el acervo probatorio no aparece evidencia sobre cuáles fases del Contrato tienen relación directa con estos cobros, y por tanto no le es dado imputarlos a las fases 1, 2, 3 ó 4, o a una posterior.

De acuerdo con lo anterior, por este concepto la parte Convocada deberá reconocer a la Convocante la suma de \$56.840.000 por la parte proporcional de mes de diciembre de 2016 y \$68.208.000 por el mes de enero de 2017, actualizadas ambas con base en el IPC desde los 8 días calendario después de la presentación de la respectiva factura, conforme a lo establecido en el contrato suscrito con el proveedor de la maquinaria.¹²⁰ De acuerdo con lo anterior la condena que se impondrá por este concepto asciende a la suma que se presenta en la siguiente liquidación:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	VALOR \$	IPC		FACTOR DE AJUSTE	CAPITAL ACTUALIZADO
			INICIAL	FINAL		

¹²⁰ Cuaderno de pruebas No. 4, Folio No.2, Prueba No. 40.

Tribunal Arbitral de
Odicco Ltda
Contra
Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.

8/01/2017	16/09/2019	56.840.000	94,07	103,03	1,09524822	62.253.909
8/02/2017	16/09/2017	68.208.000	95,01	103,03	1,08441217	73.965.585
TOTAL						136.219.494

En consecuencia, el Tribunal se pronunciará sobre las pretensiones de este capítulo, así:

Décima Tercera, se accede a ella, en cuanto el Patrimonio Autónomo entregó a Odicco de forma incompleta el lote el 30 de septiembre de 2015.

Décima Cuarta, se niega por cuanto en la referida Acta no se indicó que sería el Patrimonio Autónomo quien adelantaría el proceso de reasentamiento.

Décima Quinta, se accede parcialmente a ella en cuanto que el lote no fue entregado a tiempo, y que hubo entrega material parcial el 30 de enero de 2017, mas no en cuanto a lo que se refiere a la CVP, por cuanto el Tribunal declaró no tener competencia para este pronunciamiento.

Décima Sexta, se accede parcialmente a ella, en cuanto es cierto que para el 30 de enero de 2017 continuaba la presencia de familias en el Sector 1, lo cual sin embargo no imposibilitaba la ejecución de todas las actividades contractuales.

Décima Séptima, se accede a ella en su totalidad.

Décima Octava, se accede a ella porque tal solicitud sí se realizó de parte de Odicco a la Interventoría.

Décima Novena, se accede a ella porque la Interventoría aprobó los costos por reajuste.

Vigésima, se accede parcialmente a ella en cuanto el Tribunal encontró que se incurrió en gastos adicionales por "stand by" de maquinaria alquilada, no obstante lo cual, no se encuentra probada la relación de estos gastos con las fases 1, 2, 3 y 4.

Vigésima Primera, se accede parcialmente en lo referente a los gastos adicionales por concepto de "stand by" de maquinaria, mas no por aquellos derivados de cotizaciones, de variaciones en salarios mínimos, de gastos legales y de gastos administrativos.

Vigésima Segunda, se accede parcialmente a ella, en el sentido de reconocer en favor de Odicco la actualización de la suma correspondiente al "stand by" de maquinaria durante el periodo indicado líneas atrás, conforme con el IPC, mas no al pago de intereses moratorios bajo las mismas consideraciones referidas en otros acápites de este Laudo.

3.4.3 Las excepciones formuladas por la Convocada

Procede ahora el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones que, de manera general, fueron formuladas por la parte Convocada en la contestación de la Demanda Principal Reformada en lo referente al problema jurídico que se analiza en este acápite, para efectos de lo cual considera lo siguiente:

Excepción denominada "Aceptación por el Contratista de la entrega parcial del inmueble y de la entrega total futura- aceptación del riesgo propuesto por la ocupación mínima del inmueble": La parte Convocada sustenta su excepción en el hecho de que el Contratista no hizo comentarios en el momento de suscripción del acta de entrega del inmueble suscrita el 30 de septiembre de 2015, respecto de la ocupación parcial por parte de algunas familias y en que así mismo el contratista firmó el Acta de 30 de enero de 2017, donde también se dejó constancia de la ocupación parcial del predio. Con base en estos argumentos, la Convocada al formular su excepción, aduce que *"no tiene la Convocante el derecho a exigir la reparación por los supuestos perjuicios sufridos por ella, con ocasión del retardo en la entrega del bien. La Convocante conoció y aceptó la entrega parcial del inmueble"*. Al respecto el Tribunal ya ha establecido que, de conformidad con la cláusula vigésima novena del Contrato, la falta o demora de cualquiera de las partes en ejercer sus facultades o derechos contractuales o en exigir su cumplimiento no se interpretará como una renuncia a tales derechos y por ende, en este aspecto no prospera la excepción. Adicionalmente, tampoco encuentra el Tribunal que la ocupación del inmueble haya sido un riesgo aceptado por el Contratista dado que la cláusula Décima Quinta del Contrato, en la sección referente a asunción de riesgos, contempla que el contratista asumirá todos

los riesgos que se desprendan de los actos y actividades propias de la ejecución del Contrato y no es propio de la realización de unas obras la recepción de predios parcialmente ocupados ni el riesgo inherente a ello. En consecuencia, tampoco prospera la excepción a este respecto.

Excepción denominada "La Convocante procede en contra de sus actos propios": Alega la Convocada que la Convocante, en diferentes momentos contractuales y a través de la suscripción de diversos documentos aprobó y aceptó ciertas situaciones (particularmente la ocupación parcial del inmueble) y que al reclamar por ello, actúa en contra de sus actos propios. Sobre este particular el Tribunal encuentra que en los documentos citados por la Convocada para soportar esta excepción, en términos generales se advierte el reconocimiento de una situación fáctica, cual es la ocupación del inmueble por parte de unas familias, pero en modo alguno aparece una aceptación expresa por parte de la Convocante de las consecuencias que ello pudiera tener. Adicionalmente, el hecho de que la Convocante hubiere manifestado antes de la entrega definitiva que había dado inicio a los trabajos, no puede interpretarse como que la falta de entrega completa le resultara satisfactoria. Las anteriores consideraciones sumadas a lo convenido en la tantas veces citada cláusula Vigésima Novena del Contrato, en cuanto a que la falta o demora en el ejercicio de un derecho no puede interpretarse como su renuncia, conduce al Tribunal a denegar esta excepción.

Excepción denominada "Cobro de lo no debido": Dado que el único monto que el Tribunal ha reconocido por concepto de la entrega tardía del predio es el que se refiere al "stand by" de maquinaria por los periodos comprendidos entre el 5 de diciembre de 2016 y el 31 de enero de 2017, y que la excepción apunta a rebatir cobros por conceptos distintos a estos, la excepción no ha de prosperar. En los demás ítems respecto de los cuales se pide la codena en este capítulo, la excepción no requiere pronunciamiento pues la pretensión no prospera.

Excepción denominada "Nemo auditur suam turpitudinem allegans": La Convocada la sustenta en el pretendido "retardo en la licencia de construcción" y "retardo en la aprobación de la prospección arqueológica y el plan de manejo ambiental de la ICANH". Ya el Tribunal se ha pronunciado sobre la obtención de las licencias, estableciendo que si bien el tiempo que tomó su expedición redujo el posible impacto de la entrega tardía del lote, también es cierto que, con base en el material probatorio, no fue evidenciada culpa

o negligencia alguna por parte del Contratista en la realización de estos trámites. En consecuencia, la excepción no ha de prosperar.

Excepción denominada "Mala fe en el cómputo de los valores reclamados": Sustenta la Convocada su alegación en este punto en una diferencia de criterio técnico al señalar, respecto del cálculo de ajuste de valores del Contrato que "técnicamente la forma adecuada de hacerlo es con la variación del IPC", y refuerza su argumento con conceptos emanados del Dictamen Pericial SCI. Al respecto observa el Tribunal que una diferencia de criterio técnico, que por su naturaleza es algo discutible por cuanto permite apreciaciones distintas, mal puede transformarse en un acto de mala fe y en consecuencia, dado que los aludidos criterios técnicos son lo único que sustenta la excepción, la misma no ha de prosperar.

4. Cuarto problema jurídico: ¿el objeto del Contrato de Obra incluía dentro de su alcance la construcción de muros de contención? Si la respuesta es negativa, ¿tiene Odicco derecho a que se le reconozcan los valores incurridos por este concepto?

Bajo este capítulo, la Parte Convocante, a través de las pretensiones vigésima tercera a trigésima, solicita al Tribunal que le reconozca el valor de los muros de contención que debió construir y que en su concepto no eran parte de las obligaciones contraídas en virtud del Contrato objeto de controversia. En esa medida solicita al Tribunal que declare lo siguiente:

- i. Que dentro el esquema financiero realizado en los Estudios Técnicos elaborados por la Fiduciaria Bogotá como vocera del Patrimonio Autónomo se encontraba prevista la construcción de muros de contención.
- ii. Que la construcción de muros de contención no fue prevista dentro del esquema financiero del Pliego de Condiciones de la Invitación Privada No. 001 de 2015 realizado por el Patrimonio Autónomo.
- iii. Que ni en los Estudios Previos, ni en el Pliego de Condiciones, Anexo Técnico, y Contrato de Obra se indicó la necesidad de construir muros de contención por lo cual Odicco se abstuvo de incluir dicho rubro dentro de su oferta que correspondiera a dicho concepto.
- iv. Que durante la ejecución del Contrato de Obra, surgió la necesidad de realizar obras de mitigación al Proyecto, esto es, la construcción de muros de

contención como obras adicionales al Contrato de Obra tal y como lo indica el Otrosí No. 6.

- v. Que como consecuencia a la declaración anterior, se declare que la construcción de muros de contención son obras adicionales y necesarias para la correcta ejecución del Contrato Obra, por lo cual, Odicco se vio en la imperiosa necesidad de construir dichas obras de contención.
- vi. Que, como consecuencia de la construcción de los muros de contención, Odicco Ltda. incurrió en gastos adicionales en la ejecución del Contrato Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015.
- vii. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco los gastos adicionales en los que incurrió con motivo de la construcción de los 36 muros de contención, los cuales difieren y no hacen parte de los pactados inicialmente en el Pliego de Condiciones y en el Contrato de Obra, entre otros y sin limitarse:
 - El valor de MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1.254.168.000) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente a la construcción de los 36 muros de contención necesarios para la ejecución del Contrato Obra.
 - La suma de TREINTA Y CUATRO MILLONES TRECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS NOVENTA (sic) (\$34.370.690) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, por concepto de diferencia de IVA en los estudios y diseños de los muros de contención, y
 - La suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS (\$39.656.640) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, por concepto diferencia en el IVA en los contratos de construcción por la realización de los muros de contención
- viii. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

Al referirse a este tema, en la contestación de la demanda reformada, la Convocada planteó la excepción de *"Falta de previsión del oferente en relación con las condiciones topográficas del terreno"*.

4.1 Posición de la parte Demandante

En la Demanda Principal Reformada la Parte Demandante expuso los siguientes hechos en torno a esta materia:

- a. Para definir la viabilidad de la Invitación Privada No. 001 de 2015 para la contratación de *"los estudios, diseños, construcción, escrituración y registro de la ejecución del programa de VIP del proyecto a desarrollar en el predio denominado Arboleda Santa Teresita"*, se analizó el esquema de las obras de urbanismo contenido en los Estudios Técnicos elaborados por la Caja de Vivienda Popular, esquema que contempló un valor de \$12.523.502.284 para las obras de urbanismo, dentro del cual la suma de \$996.697.625 correspondía a *"obras de contención"*.
- b. No obstante lo anterior, el esquema financiero contenido en el Pliego de Condiciones fue elaborado por la Caja de Vivienda Popular con base en el *"Estudio geotécnico de cimentaciones – Informe final V0. Arboleda Santa Teresita (Contrato CPS-PCVN-3-1-30589-015-2013)"* realizado por Geocing S.A.S., informe en el que se estableció que *"desde el punto de vista geológico geotécnico el área no presentó evidencia física que reflejara procesos de inestabilidad que pudieran afectar la futura implantación del proyecto, sin embargo, durante el proceso constructivo es natural que se encuentren circunstancias diferentes del subsuelo y en consecuencia sea necesario realizar obras de estabilidad y protección de la obra"* (Demanda Principal Reformada, Hecho 105).
- c. Dicho esquema financiero contempló un valor de \$7.181.667.360 para las obras de urbanismo, a partir de lo cual se concluye que este rubro no incluye la construcción de muros de contención.
- d. Sin embargo, durante la ejecución del Contrato se hizo necesaria la construcción de muros de contención, para ejecutar y proteger la obra por lo que *"mediante Acta de Trabajos Adicionales del Contrato de 4 de septiembre de 2017 se estableció que dentro del "objeto contractual no se contempló la*

ejecución de las obras de mitigación para la estabilidad del proyecto, a que hace referencia la presente acta las cuales son requeridas para garantizar la habitabilidad de las viviendas que conforman el proyecto denominado la Arboleda Santa Teresita". (Demanda Principal Reformada, Hecho 108)

- e. Las mencionadas "*obras de mitigación*", que fueron consideradas como obras adicionales, "*no era más que la construcción de los muros de contención de las torres 12 y 11, que fueron adicionadas mediante la suscripción del Otrosí No. 6 de 15 de septiembre de 2017*". (Demanda Principal Reformada, Hecho 109)
- f. "*Ante la necesidad e iniciativa de Odicco de realizar los muros de contención, el día 7 de diciembre de 2016, la Interventoría por medio del Oficio C&R-317-2016 solicitó la remisión de los diseños firmados por el ingeniero estructural de Odicco de los muros de contención de las torres 2, 3, 4, 5, 8, 13 y 14 del Proyecto*". (Demanda Principal Reformada, Hecho 110), diseños denominados "*Planos Obras de Mitigación para la construcción de los muros de contención*" que le fueron remitidos por Odicco el 3 de marzo de 2017.
- g. Así, Odicco se vio en la necesidad de construir 36 muros de contención entre torres "*para que el Proyecto se ejecutara correctamente*" (Demanda Principal Reformada, Hecho 112), lo que le representó un costo adicional de \$1.254.168.000.
- h. Adicionalmente, en virtud del incremento del IVA del 16% al 19%, por la construcción de los 36 muros de contención, Odicco incurrió en un gasto adicional de \$39.656.640 respecto de los contratos de construcción y en un gasto adicional de \$34.370.690 correspondiente a los correspondientes estudios y diseños.

Posteriormente, al alegar de conclusión, la parte Convocante agregó lo siguiente sobre la materia:

- i. Odicco elaboró su propuesta sin incluir rubros correspondientes a la realización de obras de contención.
- j. Durante la ejecución del contrato se evidenció que la información entregada al contratista por parte de la CVP estaba incompleta, pues existía un

documento denominado "*Estudios, diseños, construcción, escrituración y registro de la ejecución del programa de Vivienda de Interés Prioritario -VIP del proyecto desarrollar en el predio denominado Arboleda Santa Teresita*" elaborado por la misma entidad, que no fue dado a conocer a Odicco en la etapa pre contractual y que establecía un presupuesto de \$996.697.625 destinado a "*obras de contención*".

- k. El presupuesto de \$11.228.058.565 destinado a las obras de urbanismo previsto en el documento elaborado por la Caja de Vivienda Popular, era mayor que el previsto en el Esquema Financiero del proyecto contemplado en el Pliego de Condiciones que ascendía a una suma de \$7.181.667.360.
- l. La construcción de 36 muros de contención entre torres se hizo necesaria para la ejecución, mantenimiento y protección de la obra, "*aun cuando no formaban parte del contenido obligatorio del Contrato de Obra, según la información suministrada por el Patrimonio Autónomo*" (Alegatos de Conclusión Odicco, pág. 72).
- m. El Patrimonio Autónomo incumplió con el deber de información y debe reconocer a Odicco los perjuicios causados por la construcción de los 36 muros de contención.
- n. Mediante el Otrosí No. 6 las partes adicionaron la construcción de dos tipos de muros, los primeros "*muros de contención para contener deslizamientos*" y los segundos "*muros de contención para contener ladera*", correspondientes a los muros de las torres 11 y 18 del Proyecto. Dichos muros, que fueron reconocidos como una obra adicional, cumplían la misma función de los 36 muros de contención construidos por Odicco, lo que comprueba que la construcción de estos últimos 36 muros es una obra adicional que debe ser reconocida y pactada por el Patrimonio Autónomo.

4.2 Posición de la parte Demandada

El Patrimonio Autónomo se opone a las pretensiones relacionadas con los muros de contención, bajo los siguientes argumentos expuestos al contestar los hechos de la Demanda Principal Reformada:

- a. El Pliego de Condiciones y su Anexo Técnico establecen que los estudios aportados por la CVP como documentos preliminares, entre estos el *"Estudio geotécnico de cimentaciones – Informe final V0. Arboleda Santa Teresita (Contrato CPS-PVCN-3-1-30589-015-2013"* elaborado por Geocing S.A.S., sirven únicamente como una referencia para efectos de la elaboración de la propuesta, *"sin que este exima al Contratista de la obligación de realizar sus propios estudios sobre la necesidad de realizar muros de contención"*. (Contestación al Hecho 107 de la Demanda Principal Reformada¹²¹)
- b. La necesidad de construir los muros de contención era conocida por Odicco incluso antes de iniciar la construcción de las torres, lo que según la Convocada, se evidencia en los planos realizados por la Convocante y presentados ante la Curaduría Urbana No. 2 para la obtención de la licencia de construcción.
- c. Las Fases 1 y 2 del Proyecto consistían en la inspección del predio, el estudio de suelos y la determinación de la viabilidad ambiental, económica y social del mismo, para efectos de estructurar los respectivos diseños de construcción.
- d. La reclamación que formula la Convocante *"evidencia un flagrante incumplimiento de Odicco en lo que atañe con la ejecución de las fases 1 y 2"*. (Contestación al Hecho 108 de la Demanda Principal Reformada¹²²).
- e. El costo de los muros debió haber sido previsto por el contratista al momento de presentar la propuesta del presupuesto de obra y no *"se tornó en una necesidad durante la ejecución del contrato"*. (Contestación al Hecho 113 de la Demanda Principal Reformada, Cuaderno Principal No. 2, fl. 204¹²³)

En sus alegatos de conclusión la parte Convocada argumentó lo siguiente:

- f. *"Los muros sobre los cuales se realiza la solicitud no son muros de contención ni se relacionan con obras de mitigación"*, son muros que hacen parte de las torres, ubicados por debajo del nivel de cimentación y su función es de acompañamiento o cimentación con el propósito de *darle estabilidad a las torres"*¹²⁴.

¹²¹ Cuaderno Principal No. 2, folio. 201.

¹²² C. Principal No. 2, Folio 202.

¹²³ C. Principal No.2, Folio 204.

¹²⁴ C. Principal 3, folio 222.

- g. El reclamo recae entonces sobre muros de cimentación que son distintos de los muros de contención que fueron objeto del Otrosí No. 6 suscrito entre las partes.
- h. Las Fases 1 y 2 del Proyecto consistían en la inspección del predio, el estudio de suelos y la determinación de la viabilidad ambiental, económica y social del mismo, para efectos de estructurar los respectivos diseños de construcción, por lo que *"la necesidad de construir muros de cimentación no se puede calificar como una actividad adicional no prevista (...)".*¹²⁵
- i. Al no ser una actividad adicional, *"los gastos en que debe incurrir el contratista por las condiciones del terreno no son reclamables al Contratante ya que ellos debieron ir incluidos en la propuesta económica presentada".*¹²⁶
- j. Según lo estipulado en el párrafo segundo de la cláusula tercera del Contrato, *"el Contratista asumió el riesgo producido por las condiciones del terreno".*¹²⁷
- k. Los muros objeto de reclamo *"hacen parte del denominado componente inmueble por adhesión –la construcción misma-. No son, pues, elementos accidentales o extraños a la construcción".*
- l. Odicco ya había previsto la construcción de los muros de cimentación pues los contempló en los planos que presentó el 25 de enero de 2016. *"Así, es una obra que no es imprevisible y que debería estar contemplada dentro del precio global fijo presentado por el contratista en su propuesta económica"*¹²⁸.
- m. Si se considerara que los muros sí son de contención, en todo caso la reclamación del Contratista es extemporánea pues se suscribieron distintos otrosíes con posterioridad al 25 de enero de 2016, sin que el Contratista haya formulado salvedades ni reclamaciones.

¹²⁵ C. Principal 3, Folio 229.

¹²⁶ C. Principal 3, Folio 229.

¹²⁷ C. Principal 3, folio 230.

¹²⁸ C. Principal No. 3 folio 234.

4.3 Posición del Agente del Ministerio Público

En el concepto final presentado por el Agente del Ministerio Público, al referirse a la materia se indicó que con las pruebas practicadas a lo largo del proceso se demostró que *"los muros a los que se refiere la reclamación de la Convocante son de cimentación, forman parte del asentamiento de las torres de apartamentos y además corresponden al método de construcción escogido por el Contratista de acuerdo con sus conocimientos al momento de formular la propuesta y suscribir el contrato."*

4.4 Consideraciones

4.4.1 La inclusión de un presupuesto para muros de contención en el esquema financiero contemplado en los estudios técnicos.

En la pretensión Vigésima Tercera de la demanda se pide que se declare que *"dentro del esquema financiero realizado en los estudios técnicos elaborados por la Fiduciaria Bogotá se encontraba prevista la construcción de muros de contención"*.

Revisado el acervo probatorio se encuentra que en el documento denominado "Pliego de Condiciones – Convocatoria No. 001-2015", de fecha junio de 2015, donde aparece el logo de la Fiduciaria, por lo que el Tribunal concluye que fue elaborado por esta sociedad, o presentado a través suyo para la selección del Contratista, se presenta un *"esquema financiero con distribución de recursos"* para el proyecto, cuadro en el que no se mencionan muros de contención, pero sí se incluye un rubro global de *"Obras de Urbanismo"*, al que se le asigna un valor de \$7.181.667.360¹²⁹. De otro lado, en el Dictamen Pericial Luna, en la página 40 aparece un cuadro denominado *"Caja de Vivienda Popular – Dirección de Mejoramiento Urbano - Estimado de Obras de Urbanismo"* en el que se consigna al final un rubro de *"Obras de Contención"* al que se le asigna un valor de \$996.697.625,40 pesos, para un total de obras de urbanismo de \$12.523.502.284,69. A partir de estas cifras, el Dictamen Pericial Luna, comparando los dos totales por obras de urbanismo, pretende establecer que la diferencia está justificada por la eliminación de las obras de contención en el *"esquema financiero con distribución de recursos"*, cosa que para el Tribunal resulta inaceptable por cuanto la diferencia en los valores totales es de

¹²⁹ C. de Pruebas No. 4, folio 348, CD allegado con la reforma de la demanda, Prueba No.5, Pag 5.

\$5.341.834.924.69, en tanto que el de "*obras de contención*" a que se ha hecho referencia es tan solo de \$996.697.625,40.

Además de lo anterior, el Tribunal advierte que el documento invocado por el perito que alude a obras de contención, no hace parte de la documentación contractual, y por el contrario en el esquema financiero, contemplado en el Pliego de condiciones que sí hace parte de la documentación contractual de acuerdo con lo establecido en la cláusula primera del contrato, no existe referencia a las obras de contención, ante lo cual la pretensión vigésima tercera que se analiza no ha de prosperar, y por el contrario la Vigésima Cuarta, ha de prosperar.

4.4.2 La previsión de la necesidad de hacer muros de contención.

La parte Convocante ha indicado que en los documentos contractuales no se previó la necesidad de construir muros de contención y que, en tal medida, no incluyó este ítem en su propuesta. Tal argumentación da lugar a la pretensión Vigésima Quinta de la demanda reformada, en virtud de la cual se pide al Tribunal que declare que "*ni en los estudios previos, ni en el pliego de condiciones, anexo técnico, y contrato de obra se indicó la necesidad de construir muros de contención.*"

Revisado el expediente el Tribunal ha encontrado en diversos documentos referencias a muros de contención, así como a aspectos relacionados, de las cuales extrae los siguientes apartes que considera importantes para dirimir las diferencias planteadas en este punto.

En primer lugar, en el documento denominado CVP ESTUDIOS PREVIOS - ESTUDIOS DISEÑOS PROYECTOS DE VIVIENDA NUEVA – GENERACION VIVIENDA DE INTERES PRIORITARIO¹³⁰, en el que se describe en detalle el Proyecto Arboleda Santa Teresita, se consignó lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que la CVP entregará los diseños urbanísticos y arquitectónicos, el contratista deberá realizar las actividades que se contemplan en las fases especificadas en el presente pliego de condiciones así:

"Fase 3: Elaboración de Diseños

¹³⁰ C. de Pruebas No. 4, folio 348, CD allegado con la reforma de la demanda, Prueba No.4.

(...)

"Diseños de muros, contenciones y demás que se requieran para garantizar la estabilidad de la obra. (...)

(...)

"Diseño estructural, cimentaciones, contenciones y obras necesarias para la construcción del proyecto. (...)

"Del modelo arquitectónico:

- *Diseño estructural, cimentaciones, contenciones y obras necesarias para la construcción del proyecto. (...)"*

Posteriormente, bajo el numeral 3.3. al referirse a las "Actividades a ejecutar", se consignó lo siguiente:

"II. Elaboración de Estudios

2.1. "Estudios de suelos y diseños geotécnicos

(...)

- Entregar diseños basados en las investigaciones realizadas que permitan la construcción de las obras de contención y mitigación de los riesgos necesarios.
- En caso de requerirse muros de contención es necesario diseñar filtros para proteger estas estructuras
- Elaboración de los APU para la construcción de las obras de protección y de los elementos de contención y mitigación del riesgo necesarios para la adecuada utilización de los lotes.
- Elaboración de los APU para la construcción de las obras de protección y de los elementos de contención y mitigación del riesgo necesarios para la adecuada utilización de los lotes.
- Elaboración de los presupuestos de las obras de protección y de mitigación del riesgo."

Más adelante, bajo el capítulo III "Elaboración de diseños, en el numeral 3.5 se señaló:

"3.5. Diseño Estructural (pag. 10)

- La firma contratista decidirá sobre el método constructivo que la obra requiera"

De otro lado, en el documento denominado **"Anexo Técnico Convocatoria 01 de 2015"**¹³¹, al referirse a las Fases, en particular a la número 2, en la página 3 se indicó lo siguiente:

Y respecto de la Fase 3, Elaboración de Diseños (Pag. 3) indicó:

- "(...) la firma contratista elaborará los estudios necesarios para la construcción del mismo entre los cuales se destacan los siguientes:
(...)
 - Diseño estructural, cimentaciones, contenciones y obras necesarias para la construcción de los proyectos.
 - Diseño de obras de mitigación ambiental y drenaje necesarias para el correcto funcionamiento del proyecto en los casos que se requiera."

En el aparte referido a la Fase 5, Construcción (Pag 4) se incluyó lo siguiente

- La firma contratista decidirá sobre el método constructivo que la obra requiera.

Posteriormente en un cuadro denominado "Criterios específicos" que se encuentra en la página 5 del documento, se presentó la siguiente información:

"Fase 2. Elaboración de estudios. Elaboración de los estudios de suelos, diseños geotécnicos y de obras de protección.
(...)

"Determinar la distribución de presiones sobre muros, nivel freático, coeficiente de presiones de tierra capacidad de la subrasante, para cimentaciones (...)"
(...)

"Entregar diseño estructural de elementos de contención y mitigación del riesgo.

"En caso de requerirse muros de contención es necesario diseñar filtros para la protección de estas estructuras y de los descoles de conducción aguas (sic) hasta la disposición final

¹³¹ C. de Pruebas No. 4, folio 348, CD allegado con la reforma de la demanda, Prueba No.6.

"Elaboración de los APU para la construcción de las obras de protección y de los elementos de contención y mitigación del riesgo necesarios para la adecuada utilización de los lotes.

"Elaboración de los presupuestos de las obras de protección y de mitigación del riesgo."

Al referirse a la Fase 3, "Elaboración de diseños" (página 9), se consignó entre otros la siguiente información:

"5. Diseño estructural y cimentación

"Estudios y diseños estructurales (planta de diseño estructural, cortes y secciones tanto transversales como longitudinales) con base en el estudio de suelos (responsabilidad del contratista.)"

Las anteriores referencias no solo indican que hubo reiteradas menciones expresas en los documentos contractuales referidas a obras de contención, sino que además se dejó la determinación de su necesidad al Contratista mismo, lo cual se evidencia en frases como "*en caso de requerirse muros de contención*" entre otras, según lo arriba transcrito. Adicionalmente se señaló con claridad que el estudio de suelos suministrado por la CVP era un documento de referencia, y se estableció que el estudio de suelos era responsabilidad del contratista, razones estas que llevarán al rechazo de la pretensión Vigésima Quinta de la demanda reformada.

4.4.3 La necesidad de construir obras de mitigación al proyecto que surgió durante la ejecución del mismo.

En la pretensión vigésima sexta, la parte Convocante pide que se declare que, durante la ejecución del Contrato, surgió la necesidad de realizar obras de mitigación al proyecto, y precisa que ello quiere decir "*construcción de muros de contención*", como obras adicionales al Contrato, según lo indica el Otrosí N.6.

De otro lado, para la Convocada unos fueron los 36 muros que se construyeron en algunas torres, y que según ella, no tienen las características de muros de contención, por lo que no pueden ser considerados obras adicionales, en tanto que otros fueron aquellos que motivaron la suscripción del Otrosí No.6, que a su juicio sí se consideran muros de contención.

Para dilucidar la controversia existente en este punto, el Tribunal trae a colación diversos apartes consignados en las actas de los Comités Técnicos¹³² que las partes elaboraban periódicamente a lo largo de la ejecución del Contrato.

En efecto, en el Acta del Comité de Obra No. 18 que se elaboró el 29 de marzo de 2016, al referirse a las obras no contratadas, se incluyeron las "obras de mitigación".

Posteriormente en el Acta del Comité Técnico No. 21, elaborada el 12 de mayo de 2016, se determinó que *"el estudio de obras de mitigación entregado por Geocing, se debe actualizar por un especialista"*.

Más adelante, en el Acta No. 24 del mismo Comité, de fecha 2 de junio de 2016, en el orden del día se incluyó un tema referido a *"muros de contención entre torres"* y otro referido a *"Obras de mitigación"*, que se desarrollaron de la siguiente manera:

"3. Estudio muros de contención ubicados entre torres con diferencia de altura mayor a 0.50m y diseños entre terraza revisar si existen en planos CVP."

"4. Diseño obras de mitigación (adicionales) La consultoría debe soportar técnicamente la necesidad de hacer estas obras (estudios, dimensiones, etc.) para terminar la fase de Geotecnia ante CVP."

De las citas anteriores, destaca el Tribunal que según lo discutido en el Comité Técnico de fecha 2 de junio de 2016, era claro para las partes que había necesidad de hacer unos "muros de contención ubicados entre torres" y también que eran necesarias obras de mitigación que desde ese momento se tenían identificadas como "adicionales".

Ahora bien, revisado el Otrosí No. 6, el Tribunal encuentra que el mismo se generó a partir de lo aprobado tanto en el Comité Técnico Fiduciario No. 14, celebrado el 1 de septiembre de 2017, como en el Comité Directivo Fiduciario celebrado en la misma fecha, cuya memoria, según se indica, se encuentra en el Acta No. 109. Al expediente se allegó copia del "acta de aprobación de obras adicionales y/o no previstas"¹³³, de fecha 4 de septiembre de 2019 en cuyo considerando tercero se consignó lo siguiente:

¹³² C. de Pruebas No. 4, folio 348, CD allegado con la reforma de la demanda, Prueba No.61.

¹³³ C. de Pruebas No. 4, folio 348, CD allegado con la reforma de la demanda, Prueba No.43.

"Que dentro del contrato no se contempló la ejecución de las obras de mitigación para estabilidad del proyecto a que hace referencia la presente acta las cuales son requeridas para garantizar la habitabilidad de las viviendas que conforman el proyecto denominado La Arboleda Santa Teresita."

El texto incluido en la citada Acta, y las referencias consignadas en las actas de los Comités de Obra citadas, permiten concluir que la pretensión vigésima sexta referida al tema que es objeto de análisis en este punto, debe prosperar pues demuestra que en la ejecución del proyecto surgió la necesidad de realizar obras de mitigación, y en consecuencia también habrán de prosperar las pretensiones vigésima séptima y vigésima octava, con la precisión de que los muros de contención que se construyeron, a los que se refiere el Otrosí No. 6 son, en efecto, obras adicionales necesarias para la correcta ejecución del proyecto que Odicco debió construir y por las que incurrió en gastos adicionales, los cuales le fueron reconocidos mediante el Otrosí No.6 ya citado.

No obstante lo anterior, y para efectos del estudio que se avoca a continuación, el Tribunal reitera que, tal como se evidencia en el acta de Comité de Obra No. 24, era claro para las partes que unas eran las obras de mitigación que se consideraron adicionales (Otrosí No.6), y otras las relacionadas con los denominados "muros de contención entre torres" que no se definieron como adicionales, circunstancia que en ese momento no generó reparo de la parte Convocante, y sobre los cuales, además, como más abajo se ilustra ampliamente, es claro que no tenían una real labor de contención.

4.4.4 Los llamados "muros entre torres"

Como comentario preliminar, por cuanto es forzoso para el Tribunal identificar claramente en este aparte de su decisión la pretensión de la demandante que se estudia, utilizará la terminología frecuentemente usada dentro de este trámite arbitral para designar el objeto de este reclamo y para diferenciar los muros a los cuales se refiere este apartado de las consideraciones del Laudo, de la construcción de aquellos otros que fueron objeto del OTROSÍ No. 6, cuyo valor fue reconocido por la entidad contratante, de manera tal que no son materia de reclamo alguno, ni requieren un pronunciamiento por parte del Tribunal. Consiguientemente, en esta parte de la decisión se usará la denominación de "muros entre torres".

Para decidir esta parte de las pretensiones de la demanda, el Tribunal encuentra, tal y como ocurre con otros problemas jurídicos sobre los que se ocupa en este Laudo, que las Partes aportaron sendos dictámenes periciales en los que sus respectivos peritos se ocupan de este punto en particular, los cuales llegan a conclusiones contradictorias: de un lado, Odicco aportó el Dictamen Pericial Luna, y, del otro, el Patrimonio Autónomo aportó el Dictamen Pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

4.4.4.1 | Lo que dicen los peritos.

El Dictamen Pericial Luna plantea, en síntesis, que los "muros entre torres" son muros de contención. Afirma que, dadas las condiciones de topografía del Proyecto, *"la disposición de las torres cambió y se empleó el terraceo"*¹³⁴ y que *"en su leal saber y entender (...) el movimiento de tierra con el uso de la técnica del terraceo era lo más adecuado técnica y económicamente"*¹³⁵. Hecha esta precisión, dice que *"los muros de contención (...) fueron necesarios, ya que debido al terraceo que se debió efectuar, para ajustar en la forma más segura y económica posible al fundación de las torres a la topografía del sitio del proyecto y a la calidad el suelo subyacente, se debía (...) contener la masa de suelo bajo y al lado de la losa de fundación de las torres, para que no fuera a caer al primer piso de las torres vecinas (...) [y] Contener el suelo usado como fundación de la losa de cimentación, de tal forma que se previnieran fallas locales de borde de la cimentación."*¹³⁶ En el Dictamen Pericial Luna se aportan fotografías que ilustran sobre el proceso constructivo¹³⁷.

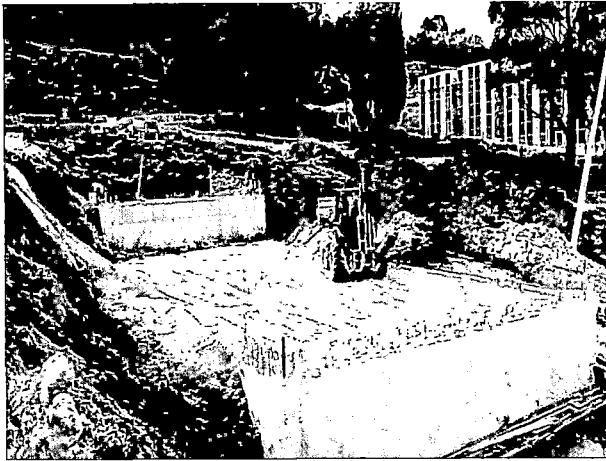
Una de esas fotografías muestra el encerramiento del terreno sobre el que se edifican las torres, así:

¹³⁴ Dictamen Pericial Luna, pág. 29.

¹³⁵ Dictamen Pericial Luna, pág. 31.

¹³⁶ Dictamen Pericial Luna, pág. 31.

¹³⁷ Dictamen Pericial Luna, págs. 31-35.



Conforme con las anteriores consideraciones, el perito Luna concluye que *"[l]a consecuencia de no haber efectuado la construcción de estas estructuras (...) sería en múltiples casos, el derrumbamiento del suelo sobre el primer piso de las torres contiguas a menor altura de fundación. Pero como potencial resultado se tendría el volcamiento de algunas estructuras, lo cual se evidenció en el caso de la torre 12, muro este que fue incluido en las obras del Otrosí No. 6 (...)"*¹³⁸, y para el efecto, nuevamente presenta "registro fotográfico de lo que pasó en la torre 12 antes de construir el muro de contención"¹³⁹.

En línea con lo anterior, el perito Luna concluye que *"el presupuesto disponible para muros de contención no fue parte del valor total del urbanismo finalmente establecido en el esquema financiero"*¹⁴⁰, y agrega que *"[t]eniendo en cuenta el estudio de suelos de Geocing (...) en el cual se concluyó que no era necesaria ninguna contención y el valor de 10.8 SMMMLV por cada unidad de vivienda para "Urbanismo", así como el valor ofertado por el contratista Odicco Ltda (sic), se deduce que el valor de un ítem para muros de contención no fue tenido en cuenta y no hizo parte de la oferta presentada por este oferente a Fidubogotá"*¹⁴¹. Agrega que *"[d]ebido a que se detectó en la obra la necesidad de confinar el terreno bajo la losa de cimentación, proteger dicho suelo de la erosión y prevenir fallas locales, los muros de contención no estaban dentro de los diseños o la implantación presentada originalmente a la Curaduría Urbana No. 2"*¹⁴². Así las cosas, el perito *"concluye que los muros de contención no estaban contemplados en los diseños*

¹³⁸ Dictamen Pericial Luna, pág. 35.

¹³⁹ Dictamen Pericial Luna, págs. 36-38.

¹⁴⁰ Dictamen Pericial Luna, págs. 39.

¹⁴¹ Dictamen Pericial Luna, págs. 41.

¹⁴² Ibidem.

*estructurales originales presentados el 14/12/2015 por Odicco Ltda., (sic) a la Curaduría 2 y menos, existía un cálculo de su valor.*¹⁴³

Por último, el Perito Luna expresa que *"no existen razones de tipo técnico que hagan diferencias entre el motivo para construir los muros de las torres 12 y 18 y el resto de los muros de contención edificados por Odicco Ltda. en el proyecto, por lo cual concluye que no hay razones técnicas para que Fidubogotá no reconozca estas obras como adicionales.*"¹⁴⁴

Por otra parte, el Dictamen Pericial SCI plantea conclusiones opuestas a las del Dictamen Pericial Luna. En efecto, refiriéndose a los llamados "muros entre torres", hace en primer lugar referencia a fotografías en las que aparecen los llamados "muros entre torres", en las que se puede observar cerrando por su cara externa, a nivel inferior al primer piso, la respectiva cimentación e integrándose con ella.

Seguidamente, el dictamen pericial en cuestión plantea: *"(...) los muros [se refiere a los que llamamos "muros entre torres"] se encuentran contruidos por debajo de la placa del primer piso, es decir, a la altura de la cimentación de los mismos. Sin embargo, en este caso particular los muros no fueron contruidos para cumplir con funciones de muros de contención, su función principal de acuerdo a lo visto en campo es la de nivelar la cimentación utilizada debido a la topografía inclinada que presenta el terreno (...)"*¹⁴⁵.

Para soportar su criterio el dictamen trascribe tres definiciones diferentes del concepto de muro de contención. Como corolario y resumen de estas transcripciones, concluye el dictamen aseverando lo siguiente:

"(...) Las 3 definiciones anteriores para muros de contención muestran un elemento en común que caracteriza este tipo de muros y es que su función principal es contener tierra o materiales que generan un empuje horizontal (...)".

A continuación, en el dictamen pericial en cuestión se explica: *"En el caso del proyecto Arboleda Santa Teresita, los muros de este tipo se contruyeron como parte de las obras de mitigación para estabilidad del proyecto que fueron adicionados mediante el OTROSÍ No. 6 de fecha 15 de septiembre de 2017"*¹⁴⁶. Y agrega: *"En resumen, la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS -SIC- considera que los muros a los que hacen mención*

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ Dictamen pericial Luna, pág. 43.

¹⁴⁵ Dictamen pericial Sociedad Colombiana de Ingenieros, pág. 101.

¹⁴⁶ Dictamen pericial Sociedad Colombiana de Ingenieros, pág. 102.

*las preguntas de la tercera parte del cuestionario que se está resolviendo en este documento NO deben ser considerados como muros de contención ya que no fueron contruidos con este fin, dichos muros pueden ser considerados como muros de acompañamiento o muros de nivelación que hacen parte de la cimentación de los edificios*¹⁴⁷.

Precisado lo anterior, la Sociedad Colombiana de Ingenieros concluye que *"de acuerdo con lo estipulado en el contrato, en el anexo técnico y en el pliego de condiciones y demás documentos precontractuales, para la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS -SCI- sí era técnicamente previsible la construcción de los muros que hacen parte de la cimentación de las edificaciones"*¹⁴⁸. En soporte de la anterior conclusión, considera que conforme con el Contrato, el Pliego de Condiciones, el Anexo Técnico y los Estudios Previos, *"la responsabilidad de realizar la totalidad de los estudios y los diseños correspondientes (...) para la totalidad de las obras a ser ejecutadas como parte del Contrato de Obra en cuestión, incluidos los diseños de la cimentación de las estructuras, recaía sobre el contratista de obra. En todos los documentos precontractuales revisados y en el contrato mismo se remarca como una de las obligaciones del contratista elaborar y entregar los estudios y diseños"*. Precisa que *"si bien es cierto que dentro de los documentos precontractuales que hacen parte del proceso licitatorio se encuentra el informe emitido por la empresa Geocing S.A.S. denominado Estudio Técnico de Cimentaciones, para la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS -SCI- es bastante claro que ese estudio debía tomarse únicamente como una referencia y que la responsabilidad absoluta por elaborar los respectivos estudios que determinarían los diseños definitivos de la obra le correspondía a la firma ODICCO LTDA."*¹⁴⁹

Agrega que *"[e]n el momento en que esta empresa [Odicco] (...) lleve a cabo la ejecución de los estudios de suelos mencionados para definir el tipo de cimentación que va a utilizar de acuerdo con las condiciones del terreno y a las estructuras a ser construidas (...) debe quedar totalmente clara la estructura que hará parte de la cimentación (...) Es decir, para el contratista no fue sorpresa la construcción de unos muros de acompañamiento a la cimentación, pues teniendo la topografía, el diseño estructural, el diseño arquitectónico y*

¹⁴⁷ Ibídem.

¹⁴⁸ Dictamen pericial Sociedad Colombiana de Ingenieros, pág. 110.

¹⁴⁹ Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, págs. 109 y 110.

*el diseño de cimentaciones, el muro en mención era totalmente previsible desde el momento del diseño*¹⁵⁰.

Finalmente, el Dictamen Pericial SCI considera que *"el hecho que (...) ODICCO (...) haya presentado ante la Curaduría Urbana los planos de la implantación donde se encuentran y detallan los muros de acompañamiento en cuestión, demuestra claramente que la construcción de los mismos era totalmente previsible y no se debió a una situación extraordinaria que hubiera ocurrido durante la ejecución del contrato"*¹⁵¹, y aporta como evidencia los planos IMP. MC-1/2 e IMP.MC-2/2 de 25 de enero de 2016 (Anexo No. 10).

4.4.4.2 Las consideraciones del Tribunal

Al haber contrastado las conclusiones de los dictámenes periciales que sobre el punto obran en el expediente, y al sopesarlas contra las demás pruebas aportadas y practicadas, el Tribunal habrá de acoger las conclusiones del Dictamen Pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en cuanto las encuentra razonables y acordes con los documentos correspondientes a la negociación, celebración y ejecución del Contrato. En contraste, como se verá, el Dictamen Pericial Luna en este punto se basa en consideraciones que, el Tribunal observa, le dan a las pruebas sobre las cuales se soporta un alcance que no tienen (por ejemplo, al concluir que era válido para Odicco no incluir el valor de estos muros en su presupuesto por cuanto estos no estaban previstos en el estudio de suelos elaborado por Geocing). Las consideraciones del Tribunal al respecto son expuestas en detalle a continuación.

Previo a ahondar en las razones que llevan al Tribunal a acoger la opinión de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, viene al caso mencionar que, en términos generales, el Dictamen Pericial rendido, respecto de este punto, en una gran parte de sus aspectos técnicos -no así en algunas consideraciones jurídicas que incluye-, merece credibilidad. En este sentido, el Tribunal encuentra que, en los mencionados aspectos técnicos, que son los propios y los exclusivos de una prueba pericial, el dictamen cumple con los criterios establecidos en el Artículo 232 del Código General del Proceso¹⁵². Bajo la norma en cuestión, para el Tribunal el perito que rindió el dictamen es idóneo, tanto por la entidad

¹⁵⁰ Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, pág. 110.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² "El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso."

que lo respalda (una de cuyas funciones es, precisamente, la de servir de órgano consultivo, no solamente de los particulares, sino del mismo Gobierno Nacional), como por la experiencia de quien obró en nombre de la entidad que responde del concepto pericial, expuesta en el curso de su interrogatorio. De igual forma el cuidado con que quien lo suscribe atendió las preguntas que se le formularon en audiencia en la cual fue interrogado, y la argumentación que respaldó sus respuestas, son elementos, que, se insiste, reflejan la idoneidad del perito.

Por otra parte, se aprecia la seriedad del estudio presentado, en el que, se cumplen de forma general y en una gran parte del mismo los requisitos de "*solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad*" de los fundamentos que lo soportan. Todo lo anterior justifica la acogida que se le da a este dictamen pericial en este aspecto que se estudia.

Adicionalmente, como poco más adelante se expresa, unos argumentos gráficos expresados en el concepto y que forman parte de él, contribuyen a llevar el criterio del Tribunal hacia las mismas conclusiones de la experticia en la cual apoya las decisiones de esta parte de su laudo. La coincidencia de la respectiva prueba documental, transcrita en el dictamen, permite al Tribunal apoyar su decisión, no solamente en el concepto expresado por el perito, cuyo poder de convicción fue ya analizado, sino igualmente en la observación de los documentos que poco más adelante se analizan.

Dejando de lado las anteriores consideraciones, y descendiendo hacia los asuntos puntuales a resolver, particular mención debe hacerse sobre las fotografías que aparecen en el Dictamen Pericial SCI, en las que se ven los llamados "muros entre torres", los cuales, como se dijo atrás, y se ve en las imágenes, cierran por su cara externa, a nivel inferior al primer piso, la respectiva cimentación e integrándose con ella, sin que por su tamaño ni por su ubicación den a entender que tienen como función la de contener el terreno situado en la parte interna de dichos muros. El examen de estas fotografías que forman parte del dictamen pericial en que se apoyan las presentes conclusiones del Tribunal, tiene un especial valor de convicción. Ellas corresponden a torres ya construidas, de aquellas cuya cimentación requirió de los llamados "muros entre torres" y en ellas aparece de forma gráfica la ubicación, el tamaño y la función de los mencionados muros.

La razón por la cual este es un elemento de prueba de especial convicción radica en que desvirtúa la consideración en el Dictamen Pericial Luna conforme con la cual los "muros entre torres" deben ser tenidos como muros de contención. Como se dijo, ni el tamaño de estas estructuras, ni su ubicación, indican que ese sea el caso, pues no parecieran cumplir con los elementos de las definiciones de "muros de contención" con las que la

Sociedad Colombiana de Ingenieros ilustró su concepto¹⁵³. Es decir, las fotografías presentadas al Tribunal, referidas a los denominados "muros entre torres", refuerzan, a juicio de este Tribunal, la opinión de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en el sentido que son, en realidad *"muros de acompañamiento o muros de nivelación que hacen parte de la cimentación de los edificios."*¹⁵⁴. Adicionalmente, el Tribunal encuentra que los planos igualmente incorporados al dictamen, junto con lo manifestado por algunos testigos, permiten entender que estos muros no tendrían características que les permitan contener desbordamientos del terreno.

En efecto, el testigo Rodrigo Alberto Díaz Benjumea, interventor del contrato, realizó la siguiente distinción entre los muros entre torres y los muros de contención:

"SR. DÍAZ: Vuelvo y le digo, hay unos muros que para nosotros son los muros entre torres que eran muros necesarios para darle la estabilidad a las torres y estos muros de los que usted me está hablando son muros de contención que fueron los muros contruidos para contener ese talud, esa tierra, esa montaña que no se nos viniera abajo encima de..." (Cuaderno de Pruebas No. 7, fl. 19).

Adicionalmente, en referencia a este tema precisó el citado testigo al ser interrogado al respecto por el apoderado de la Convocante:

"DR. SANTOS: Para precisar respecto de una respuesta anterior suya, eso que usted denominó en la respuesta anterior muros entre torres ¿formaba parte del alcance del otrosí No. 6?"

"SR. DÍAZ: No, solamente se adicionó este tipo de muros, los muros que fueron los muros de contención para, valga su redundancia, contener la tierra, la montaña que se nos estaba viniendo" (Cuaderno de Pruebas No. 7, fl. 21).

Abundando en razones, las fotografías en cuestión junto con los planos utilizados por Odicco para la obtención de la licencia de construcción que obran como Anexo No. 10 del Dictamen Pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, tienen pleno valor probatorio,

¹⁵³ Dictamen pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, pág. 101.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

teniendo en cuenta que en los términos de los Artículos 243¹⁵⁵ y 244¹⁵⁶ del Código General del Proceso, son documentos privados emanados de terceros de índole representativo que, en cuanto contienen una reproducción de imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según sea el caso¹⁵⁷. En el presente

¹⁵⁵ “Son documentos (...) fotografías, (...) y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo (...).”

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. (...)”

¹⁵⁶ “Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

(...)

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.”

¹⁵⁷ Aun cuando se refiere a las normas aplicables bajo el Código de Procedimiento Civil, la siguiente jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es aplicable *mutatis mutandis* al punto en cuestión:

“A pesar de ser cierta la afirmación de los recurrentes acerca de que los documentos representativos, como las fotografías (...), requieren de autenticidad para ser valorados por el juez, la Sala destaca que ese requisito se encontraba satisfecho en el litigio, toda vez que ellos mismos omitieron desconocer los aludidos instrumentos, (...) quedando así reconocidos implícitamente.

Esto porque el mandato 277 de tal obra consagra que «los documentos privados emanados de terceros solo se estimarán (...) si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252» y que dicha autenticidad se configura, entre otros eventos, si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso 2º del artículo 289. Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella (ordinal 3º, negrillas y subrayado ajeno al texto).

Tal conclusión la ratifica el canon 276 de la citada compilación legal prevé que «existe también reconocimiento implícito en el caso contemplado en el numeral 3º del artículo 252».

La doctrina ha dejado ver en tal materia que:

Conforme al Decreto 2282 de 1989, modificatorio del C. de P. Civil, el numeral tercero del artículo 252 fue adicionado con otro inciso que hizo extensivo el texto precedente del reconocimiento tácito a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella; o sea que si a un proceso se aporta un casete, disco, video, película, o video casete, afirmándose que la voz o la imagen corresponde a la parte contra quien se hace valer, si ésta no tacha de falso oportunamente el documento, o los sucesores del causante no hacen oportunamente la manifestación contemplada en el inciso 2º del art. 289, el documento se torna auténtico. (...)

En relación con la forma de darle autenticidad a las grabaciones, y particularmente sobre si para ellas podía operar el reconocimiento tácito, el tratadista Parra Quijano desde antes de la expedición del decreto 2282 de 1989, había presentado dos tesis: una expuesta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que asimilaba la grabación a un instrumento no firmado ni manuscrito por la parte a quien se oponía, para cuyo valor probatorio se exigía la aceptación expresa de la parte o de sus causahabientes, conforme al art. 269 del C. de P.C. la otra, cosecha del autor mencionado, que asimilando la grabación a instrumentos firmados o manuscritos admitía la viabilidad del reconocimiento tácito. Al respecto decía el profesor Parra: ‘Si se asimilan las grabaciones a instrumentos no firmados ni manuscritos, no solamente se desvirtúa el alcance del art. 269 del C. de P.C., sino que se patrocina la mala fe de

caso las fotografías en cuestión obraron en el expediente, sin que se cuestionara dentro de la oportunidad procesal correspondiente su origen, ni su veracidad frente a las realidades de las obras que son materia de este pronunciamiento, y por ello, se insiste, merecen pleno valor probatorio.

Son igualmente elementos de convicción para el Tribunal los planos utilizados para obtener la licencia de construcción que fueron aportados como Anexo No. 10 del Dictamen Pericial de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y a los que se hace referencia en la página 101 del mismo. Al apreciar estos planos, se observa cómo aparecen los muros cuyo reclamo se estudia integrados con el sistema propio de la cimentación. Lo anterior soporta debidamente las conclusiones de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en el sentido que estos "muros entre torres" formaron parte del diseño estructural presentado por ODICCO para los fines de la respectiva licencia y, por ende, no es posible que se tomen como trabajos extras que deban ser remunerados de manera adicional. Al mismo tiempo, el punto en cuestión desvirtúa las conclusiones del Dictamen Pericial Luna al respecto, puesto que permite poner en contexto los argumentos del perito Luna en el sentido que la consecuencia de la no construcción de estas estructuras llevaría al derrumbamiento del suelo sobre el primer piso de las torres. Si en gracia de discusión ello fuese así, no sería porque estos "muros entre torres" sean muros de contención, sino porque, como se dijo, hacen parte de la estructura misma de cimentación elegida por el Contratista para desarrollar el Proyecto. Así las cosas, y siguiendo las reglas de interpretación de obligaciones y contratos que derivan del artículo 823 del Código de Comercio¹⁵⁸, las expresiones técnicas, como son éstas de "muros de contención", deben

las partes, pues les bastaría con guardar silencio para que el documento no pudiera ser apreciado. (...) Pues bien, el anterior que era un planteamiento y una interesante interpretación del autor citado, quedó expresamente plasmado en el Código de Procedimiento Civil, conforme a las modificaciones que a éste introdujo el decreto 2282 de 1989, ya que en el inciso 2º del ord. 3 del art. 252 expresamente se consagró que el reconocimiento tácito por no proponerse la tacha de falsedad oportunamente, o los sucesores del causante no hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del art. 289 se hacía extensivo a «las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella». (La Prueba Documental. Teoría General. José Fernando Ramírez Gómez. 7ª ed. Págs. 143, 228 y 229.)

En suma, el reconocimiento extrañado por los recurrentes era innecesario habida cuenta que implícitamente ya lo habían realizado al omitir desconocer las referidas representaciones en la oportunidad prevista en el ordenamiento, pues, las fotografías, videos, filmaciones, etc., son susceptibles de tacha de falsedad o desconocimiento." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de casación SC17162-2015 de 14 de diciembre de 2015, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

¹⁵⁸ "Los términos técnicos o usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano.

entenderse en el sentido que se les da por quienes son expertos en las tareas respectivas. Por consiguiente, debe el Tribunal aceptar las definiciones citadas en la experticia que le sirve de base y en el concepto respectivo.

Por lo demás, para el Tribunal no está probado, en contra del Dictamen Pericial SCI y con la precisión que ese dictamen ofrece, que los muros en disputa hayan efectivamente tenido una función de contención no prevista y derivada del desarrollo del proyecto. En este sentido, el Dictamen Pericial Luna, contrastado con las fotografías, planos y testimonios ofrecidos a este Tribunal, no es suficientemente concluyente puesto que no argumenta con exhaustividad, claridad ni suficiencia, cómo es que los muros que identifica, con las características y dimensiones que tienen, podrían, en efecto, servir como “muros de contención”.

Pasando a otras consideraciones igualmente relacionadas con este problema jurídico, conforme al numeral 1.2.¹⁵⁹ del Pliego de Condiciones y las Cláusulas 4.1. (3)¹⁶⁰, 4.2.4.¹⁶¹

Cuando se hayan utilizado simultáneamente varios idiomas, se entenderán dichos términos en el sentido que tengan en castellano, si este idioma fue usado; en su defecto, se estará a la versión española que más se acerque al significado del texto original.

El sentido o significado de que trata este artículo es el jurídico que tenga el término o locución en el respectivo idioma, o el técnico que le dé la ciencia o arte a que pertenezca o finalmente el sentido natural y obvio del idioma a que corresponda.”

¹⁵⁹ “Teniendo en cuenta que la CVP, entregará los diseños urbanísticos y arquitectónicos, el contratista deberá realizar las actividades que se contemplan en las fases especificadas en el presente pliego de condiciones, así:

FASE 1: PRELIMINARES:

- *Revisión y ajuste del proyecto urbanístico y arquitectónico para la implantación, producto de las modelaciones suministradas por la CAJA DE VIVIENDA POPULAR, (...)*
- *Elaboración de los estudios de suelos de acuerdo a la implantación y actividades específicas del proyecto urbanístico, diseños geotécnicos adicionales en caso de requerirse y de las obras de protección en caso necesario. NOTA: Los estudios de suelos suministrados por la entidad será (sic) solamente una referencia para efectos de la elaboración de la propuesta. Sin perjuicio de lo anterior, el contratista está obligado a realizar los estudios respectivos, y en ningún momento los entregados por la entidad serán objeto de aclaración o exigencia” (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 18 recto).*

¹⁶⁰ “(...) EL CONTRATISTA contrae, entre otras, las siguientes:

4.1. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS CONTENIDAS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES:

ETAPA I – ESTUDIOS Y DISEÑOS

(...)

3. La consultoría comprenderá la elaboración y entrega de los estudios y diseños de las obras de intervención física, correspondientes a la localidad de San Cristóbal, de acuerdo con lo indicado en detalle en los anexos, contrato, y los demás que LA CAJA DE LA VIVIENDA POPULAR considere necesarios para la obtención de los estudios, documentos y planos completos y detallados de los proyectos, para proceder a la construcción de las obras”.

(Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 92 vuelto).

¹⁶¹ “Realizar los estudios y diseños urbanísticos, arquitectónicos, estructurales, de redes hidráulicas y sanitarias internas de la vivienda, eléctricas, de redes de gas domiciliario, y de telecomunicaciones de las viviendas, y los demás que se señalen en el anexo técnico de los pliegos de condiciones y las normas vigentes para el desarrollo del proyecto”.

(Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 94 recto).

del Contrato, era responsabilidad del Contratista la revisión y ajuste del proyecto urbanístico y arquitectónico, la elaboración de los estudios de suelos y diseños geotécnicos para la realización del Proyecto. Siendo que estas actividades eran responsabilidad de Odicco, debía recaer dentro de una diligente ejecución de las mismas, el prever que habrían de construirse estos "muros entre torres". A este respecto, no es de recibo la consideración del Dictamen Pericial Luna -y ello es otro elemento de juicio que resta mérito a sus conclusiones sobre este problema jurídico en particular- en el sentido que el estudio de suelos de Geocing concluyó que no era necesaria ninguna contención, puesto que, tanto los términos del Pliego de Condiciones¹⁶² establecían que ese estudio era a título de simple referencia y que el Contratista tenía la obligación de realizar los estudios respectivos, como el propio Informe Geocing estableció claramente que sus conclusiones no eran definitivas¹⁶³.

Siendo entonces una responsabilidad de la parte actora el diseño, las licencias exigidas y la construcción de las torres que conforman el conjunto residencial materia del Contrato, el Tribunal considera que los llamados "muros entre torres", que formaron parte de los planos constructivos, que aparecen integrados con la respectiva cimentación, cuya existencia fue prevista por la misma firma constructora, no pueden calificarse como obras adicionales a lo contratado, y menos aún como novedades dentro de la ejecución contractual, que merezcan un reconocimiento adicional.

Así las cosas, siendo dichos planos y dicha licencia aspectos concretos de los deberes contractuales de ODICCO, la firma demandante entendió cumplir dichos deberes, respecto de la construcción de las torres, incluyendo su construcción en los planos presentados por ella para la gestión de la respectiva licencia, como un aspecto de sus obligaciones ordinarias y que correspondían a lo que usualmente se requiere en este tipo de proyectos, y en consecuencia, no puede considerarse que ello fuera producto de una situación sobreviniente que requiriera soluciones adicionales o no previstas más allá de las contratadas.

¹⁶² (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 18 recto).

¹⁶³ **11. LIMITACIONES**

Las recomendaciones dadas en este trabajo se basan en los resultados de los trabajos de investigación del subsuelo realizados están enfocadas a evaluar las condiciones del subsuelo del predio La Arboleda Santa Teresita en la localidad de San Cristóbal para la implantación del proyecto.

Si durante los trabajos de construcción de las obras propuestas se llegan a encontrar características diferentes a las aquí mencionadas se deberá dar aviso al ingeniero geotecnista para que haga los ajustes del caso." (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 209).

Sobre este particular, por ejemplo, declaró la testigo Gladys Gutiérrez, ingeniera civil que se desempeñó como profesional de apoyo técnico al supervisor del contrato, quien manifestó que los muros entre torres estuvieron definidos desde los diseños y desde la misma licencia de construcción del proyecto:

"SRA. GUTIÉRREZ: (...) los muros de contención, de contención no, complementarios o muros de contención qué mal llamo Odicco estaban definidos desde la misma licencia de construcción es decir que Odicco antes de iniciar las obras ya sabía que necesitaba construir esos muros porque ellos hicieron los diseños y los radicarón a la curaduría (...)"

"DR. CUBEROS: Los diseños ya contemplaban los muros perdón?"

SRA. GUTIÉRREZ: Ellos hicieron los diseños y esos diseños debían o era necesario radicarlos a la curaduría para iniciar la obra, es decir yo no puedo iniciar una obra sin una licencia de construcción, y en la licencia de construcción, la licencia de construcción es un documento una hoja, pero eso tiene una serie de anexos y esos anexos son los 40 planos y esos planos que aparecen y que son soporte de la licencia, esos muros están ahí detallados." (Cuaderno de Pruebas No. 7, fl. 57).

En el mismo sentido se pronunció la Sociedad Colombiana de Ingenieros en su dictamen suscrito por el perito Carlos Guillermo Barón Triana, al establecer que:

"Para la SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS -SCI, el hecho que la empresa ODICCO LTDA. haya presentado ante la Curaduría Urbana los planos de implantación donde se encuentran y detallan los muros de acompañamiento en cuestión, demuestra claramente que la construcción de los mismos era totalmente previsible y no se debió a una situación extraordinaria que hubiera ocurrido durante la ejecución del contrato (...)".
(Ver página 110 del dictamen)

Por otro lado, de la ejecución práctica de lo pactado, hecha de común acuerdo por las mismas partes¹⁶⁴, se aprecia que las Partes distinguieron entre los verdaderos muros de

¹⁶⁴ Como lo quiere indica el último texto párrafo del artículo 1622 del Código Civil, al establecer las reglas de interpretación de los contratos.

contención, que sí fueron reconocidos en su valor de manera adicional mediante la suscripción del Otrosí No. 6, de los "muros entre torres", sobre los cuales no se demostró que Odicco hubiese elevado ningún reclamo ni solicitud anteriores a la presentación de la demanda. En el alegato de conclusión de la parte Convocada se destaca esta última circunstancia.

Concluye entonces el Tribunal, que los denominados "muros entre torres" no pueden considerarse como trabajos fuera de lo contratado, ni como obras extras que deban pagarse adicionalmente a lo estipulado, y en ese sentido, denegará las pretensiones de la Demanda Principal Reformada encaminadas en este sentido.

Como comentario adicional, en hecho que, aparentemente, puede introducir algunas dudas sobre las conclusiones expuestas, y que de hecho, como se vio, es traído a colación por el perito Luna¹⁶⁵ consiste en que para las Torres 12 y 18 del proyecto, sí se reconocieron pagos por concepto de muros que, al decir de la parte Convocante, y tal como lo reitera en la página 73 de su alegato de conclusión, cumplían la misma función de los otros 36 muros construidos por ODICCO, que son aquellos que hacen parte del reclamo que se ha venido estudiando. El argumento de la Convocante en este punto es que, si en efecto este reconocimiento de pagos adicionales se aceptó por la contratante mediante el Otrosí No. 6 del 15 de septiembre de 2017, la misma razón debería militar para extenderlo a la totalidad de los denominados "muros entre torres", frente a lo cual cabe hacer las siguientes precisiones:

En primer término, debe el Tribunal expresar su opinión en el sentido de que, como consta en el expediente, dentro de unas obras que dieron lugar a múltiples forcejeos de carácter negocial entre las partes (afirmación que se desprende de las comunicaciones cruzadas entre ellas y, muy particularmente, de los numerosos otrosíes que adicionaron el contrato inicial), es lógico que, en procura del entendimiento que permitiera llevar adelante lo pactado y continuar con el desarrollo del contrato, las partes ajustaran su relación contractual de manera acorde con ciertas circunstancias que se iban presentando. No obstante, para el Tribunal es claro que la realización de los reconocimientos que se mencionan no puede implicar su extensión a otros reclamos que, en el caso que ocupa ahora la atención del Tribunal, al parecer ni siquiera se presentaron en su oportunidad como reclamo ni se mencionaron en los acuerdos alcanzados. Si dos partes llegan a un acuerdo (en este caso en concreto, el contenido en el Otrosí No. 6), respecto de alguna

¹⁶⁵ Dictamen pericial Luna, pág. 43.

de las incidencias en el desarrollo de un contrato particularmente complejo, como es éste que ocupa la atención del Tribunal, no es del caso extender los términos de dicho acuerdo a puntos distintos de aquellos que fueron materia del arreglo. Precisamente, es para ello que se hace un arreglo y que se suscribe un otrosí, es decir, para acordar sobre algo disputado o eventualmente disputable, sin que el arreglo pueda trascender el alcance específico de lo que quedó abarcado en él, y menos aun cuando en el mismo Otrosí No. 6 se menciona de manera explícita por las partes que el mismo se refiere a "*...las actividades contenidas en el acta de aprobación de obras adicionales...*", acta esta en la que, a su turno, se aprobaron varias obras adicionales de manera concreta (prueba No. 43 de la Reforma de la Demanda Principal, obrante en el CD que reposa en el Cuaderno de Pruebas No. 4, fl. 348). Todo cuanto haya sido materia de una modificación o adición al contrato celebrado, debe mantenerse dentro de los precisos límites de lo pactado, por tratarse de algo que adiciona o modifica, ya que si las modificaciones pudieren sobreentenderse, las partes no dedicarían tiempo y esfuerzo a convenirlas de manera expresa, por lo cual debe entenderse que al hacerlo están respetando en lo demás el marco general que guió el contrato celebrado. Admitir lo contrario, es decir, que los efectos de un Otrosí se extiendan más allá de lo que en él mismo se señala, sería desconocer la voluntad de las partes reconocida de manera expresa en un documento contractual que delimita sus propios efectos.

Consecuencia de lo anterior es que unos reconocimientos parciales y concretos que las partes se detuvieron en reseñar no pueden servir de argumento suficiente para aceptar que dichos reconocimientos deben extenderse a otros supuestos que no fueron pactados.

Resultado de todo lo anteriormente expuesto, es que se rechazarán las pretensiones vigésima novena y trigésima, en cuanto se refieren a un reconocimiento económico, derivado de la construcción de los "muros entre torres" que han sido materia de las consideraciones expuestas bajo este acápite.

De otro lado, al referirse a este reclamo la Parte Convocada planteó la excepción de "*Falta de previsión del Oferente en relación con las condiciones topográficas del terreno*" respecto de la cual, en virtud de que la pretensión de condena no ha de prosperar según lo dicho en este capítulo del Laudo, no resulta necesario un pronunciamiento del Tribunal sobre tal argumentación.

A tal conclusión se llega siguiendo la línea establecida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de junio de 2001, en la que se indicó lo siguiente:

"La excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose.

"A la verdad, la naturaleza misma de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor.

"Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho, porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad.

"De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido 'y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolucón del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen.'"¹⁶⁶ (Énfasis añadido).

- 5. Quinto problema jurídico: ¿incurrió el Patrimonio Autónomo en incumplimiento del Contrato de Obra por no haber pagado los conceptos relativos a las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto? En caso afirmativo, ¿tiene derecho Odicco a que se le reconozcan pagos por este concepto?**

En la demanda reformada, al referirse a este tema, bajo las pretensiones trigésima primera a trigésima quinta, Odicco solicita al Tribunal las siguientes declaratorias:

¹⁶⁶ Antología Jurisprudencial Corte Suprema de Justicia 1886 – 2006, Tomo II, Bogotá, Corte Suprema de Justicia, 2007, página 406.

- i. Que Odicco Ltda. cumplió completamente las fases 1, 2, 3, y 4, las cuales fueron debidamente certificadas y aprobadas por la Interventoría.
- ii. Que el Patrimonio Autónomo certificó y canceló a la Interventoría el tercer pago correspondiente a la finalización de la Fase 3 del Proyecto.
- iii. Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se declare que el Patrimonio Autónomo de forma caprichosa y en contravía de la certificación de cumplimiento emitida por la Interventoría y certificación emitida por él mismo, tan solo hasta el 26 de marzo de 2018 pagó a Odicco el 85% del valor de la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto.
- iv. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES TRECIENTOS OCHENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$281.380.862) o la suma que se demuestre en el proceso, por concepto del desbalance de pagos generado al no realizar el pago de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto, y que sobre la suma anterior se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

De su lado la Convocada formuló las excepciones que identificó como "*Ausencia de las condiciones de exigibilidad para pago*", "*Incumplimientos del contratista*" y "*Pago realizado por la Convocada en los términos del otrosí 9*".

5.1 POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Como soporte de sus pretensiones, en este tema Oddico plantea lo siguiente

- a. Odicco cumplió con sus obligaciones correspondientes a las Fases 1, 2, 3, y 4 del Contrato, por lo que, bajo la Cláusula 3.2.1. del mismo, tiene derecho a que se le pague la totalidad del valor estipulado para estas fases.
- b. El 18 de julio de 2016 la Interventoría "*firmó la certificación de cumplimiento del Contrato de Diseño y Obra No. CPS-PCVN-3-1-30589-045-2016*" (hecho 127 de la Demanda Principal Reformada).

- c. Así mismo, el día siguiente, 19 de julio de 2016, el Patrimonio Autónomo verificó que la información remitida por la Interventoría mediante Oficio 2016ER13418 cumplía con los parámetros del Contrato de Interventoría para el tercer pago correspondiente a la finalización de la Fase 3 de ese Contrato, por un valor de \$440.113.846 (hecho 128 de la Demanda Principal Reformada)¹⁶⁷, y, en ese sentido, se trae a colación que el Contrato de Interventoría establece un "tercer pago" por el 19.24% del valor total del mismo, *"una vez culmine la fase 3 de la elaboración de diseños por parte el constructor y esté debidamente soportada y aprobada por la Interventoría y con el VB (sic) del supervisor designado por parte de la CVP por el 100% del valor de esta fase"* (hecho 129 de la Demanda Principal Reformada).
- d. A pesar de que Odicco considera que desde julio de 2016 se había dado cumplimiento a la ejecución de las Fases 1, 2, 3, y 4, solo hasta el 26 de marzo de 2018 el Patrimonio Autónomo pagó a Odicco la suma de \$1.329.000.000, equivalente al 85% del valor total de estas fases.
- e. Conforme con lo anterior, el no pago de las Fases 1, 2, 3, y 4, ha generado un "desequilibrio contractual" que asciende a \$281.380.862 a partir de agosto de 2016.

5.2 Posición de la parte Demandada

Al contestar la demanda reformada la parte Convocada planteó lo siguiente:

- a. Conforme a la Cláusula 3.2.1. del Contrato, la obligación de pago de las Fases 1, 2, 3, y 4, está *"sujeta a condición suspensiva, a saber, el cumplimiento de las fases 1, 2, 3, y 4 debidamente certificadas y aprobadas no solo por la interventoría sino también con el visto bueno del supervisor designado por la CVP"*. (Contestación de la Demanda Principal Reformada, pág. 62)
- b. Odicco incumplió con sus obligaciones bajo la Fase 3, lo cual se ve reflejado en diferentes reparos realizados por la CVP, en el documento bajo radicado No.

¹⁶⁷ El documento en cuestión fue aportado como Anexo 9 al Dictamen Luna.

2017ERAA372 de 28 de julio de 2017, frente a los diseños presentados por el Contratista con relación a salones comunales y UTB.

- c. En el documento en cuestión se menciona que el Interventor está incumpliendo sus obligaciones por cuanto, según se indica, *"no es la primera situación que se presenta, donde se emiten aprobaciones a diseños incompletos y que no cumplen con la normatividad vigente"*.
- d. Pese a no deber hacerlo, en los términos del Otrosí No. 9 se realizó una importante erogación en favor de Odicco por concepto de las Fases 1, 2, 3, y 4.

5.3 Consideraciones

Corresponde al Tribunal analizar si Odicco tiene derecho a que se reconozcan en su favor las sumas que considera se le adeudan aún por concepto de la ejecución de las actividades correspondientes a las Fases 1, 2, 3, y 4. Para el efecto, el Tribunal analizará e interpretará las cláusulas del Contrato aplicables a este problema jurídico, y seguidamente hará una valoración de las pruebas que obran en el expediente para determinar si Odicco demostró el cumplimiento de las condiciones contempladas en el Contrato para que se realizara en su favor el pago por este concepto.

Bajo el "*Pliego de Condiciones Convocatoria No. 001-2015*" (el "**Pliego de Condiciones**", documento que en el contrato se identifica como "*Términos de referencia de la Invitación Privada No. 001 de 2015*"), y la Cláusula Segunda del Contrato, las Fases objeto de este punto de la disputa entre las Partes contemplaban, en síntesis, las siguientes actividades:

- (i) Fase 1: PRELIMINARES: Inspección del predio, levantamiento e identificación de redes existentes y demoliciones, revisión de documentos, revisión y ajuste del proyecto urbanístico y arquitectónico de la implantación.
- (ii) Fase 2: Elaboración, revisión y análisis de estudios.
- (iii) Fase 3: elaboración de diseños urbanísticos y del modelo arquitectónico.
- (iv) Fase 4: obtención de licencias.

La Cláusula 3.2.1. del Contrato originalmente¹⁶⁸ disponía:

"3.2. FORMA DE PAGO. FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. como vocera del fideicomiso- Fidubogotá S.A.- Proyecto Construcción Vivienda Nueva cancelará el valor del contrato por fases, de la siguiente manera:

3.2.1. FASE DE PRELIMINARES, ESTUDIOS, DISEÑOS Y LICENCIAS¹⁶⁹: Un desembolso correspondiente al valor de preliminares, estudios, diseños y licencias, que se cancelará una vez el contratista haya culminado completamente las FASES 1, 2, 3, y 4 debidamente certificadas y aprobadas por la interventoría y con el VºBº del supervisor designado por parte de la CVP, de conformidad con la propuesta presentada. El valor de esta fase corresponde a **UN MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES (\$1.329.000.000) DE PESOS M/Cte."**

No parece existir mayor discrepancia entre las Partes en cuanto a la interpretación que fue planteada por el Patrimonio Autónomo respecto de la cláusula anterior, es decir, que el pago de los conceptos correspondientes a las Fases 1, 2, 3 y 4 estaba supeditado a las siguientes condiciones: uno, que Odicco hubiese "*culminado completamente*" las actividades correspondientes a esas fases; dos, que las mismas fuesen debidamente certificadas y aprobadas por la Interventoría; y, tres, que las actividades correspondientes a estas fases contaran con el visto bueno del supervisor designado por la CVP. Tampoco ha sido controvertida la validez de la cláusula aludida, ante lo cual, con base en lo anterior, la resolución del problema jurídico estará orientada a comprobar si las condiciones contenidas en la Cláusula 3.2.1. fueron cumplidas a cabalidad o no. Como se pasa a exponer, para el Tribunal no está demostrado que se hayan cumplido todas las condiciones establecidas bajo el Contrato para que se proceda al pago de las Fases 1, 2, 3, y 4, a Odicco.

En efecto, en la página 148 del Dictamen Pericial SCI, se menciona que el 15 de junio de 2016, Odicco y la Interventoría suscribieron el "*Acta de Cierre de la Fase 3 – Elaboración de Diseños*" (el "**Acta de Cierre Fase 3**"), y que el 14 de julio de 2016 Odicco y la

¹⁶⁸ Como se verá, esta Cláusula fue posteriormente modificada mediante Otrosí No. 9 de 13 de marzo de 2018.

¹⁶⁹ Nota del Tribunal: Todo esto corresponde a las ya descritas Fases 1, 2, 3 y 4.

Interventoría suscribieron el "*Acta de Cierre de la Fase 4 – Obtención de Licencias*" (el "**Acta de Cierre Fase 4**"), a continuación de lo cual incluye las referidas actas en las páginas 149 a 151. Estas pruebas, así planteadas, *prima facie* podrían tener la virtualidad de demostrar el cumplimiento de las condiciones primera y segunda pactadas contractualmente bajo la Cláusula 3.2.1 arriba transcrita.

En línea con lo anterior, y en sustento de sus pretensiones, Odicco presentó el Dictamen Pericial Luna, el cual concluye a página 10, en síntesis, que, en su criterio, el cumplimiento de las Fases 1 a 3 está debidamente demostrado con la "*certificación de cumplimiento del 19/07/2016 suscrita por el director (E) de Urbanización y Titulación de la CVP Juan Pablo Vásquez Silva*"; que el cumplimiento de la Fase 4 ("Licencia de Construcción") habría quedado establecido desde la fecha en que se radicó la solicitud de la licencia (14 de diciembre de 2015); y que la ejecutoria de la resolución respectiva de la Curaduría No. 2, el 2 de septiembre de 2016, así lo corroboraría.

No obstante, la tesis de Odicco, y en particular, las conclusiones del Dictamen Pericial Luna, parecen dejar de lado diferentes pruebas documentales y de fecha posterior a las que sí hace referencia el Dictamen Pericial rendido por la SCI a solicitud del Patrimonio Autónomo, que demostrarían en contrario. En primer lugar, la comunicación de 5 de septiembre de 2016 de la Interventoría a Odicco (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 237), en la que la Interventoría hizo devolución de la Factura 1630 correspondiente al pago de las Fases 1, 2, 3, y 4. En esta comunicación la Interventoría admite haberse equivocado al haber dado aprobación previa a estas actividades, y manifiesta:

*"De acuerdo a la reunión sostenida el día de hoy 5 de septiembre de 2016 con la presencia del Director de Estudios y Diseños y el Director de Obra de ODICCO, el Director de Interventoría y la persona de apoyo a la supervisión del contrato por parte de la CVP. **En dicha reunión se aclararon los compromisos pendientes de la etapa de estudios y diseños, por consiguiente esta interventoría aclara que hasta que no se tengan subsanados y completos todos los documento (sic) correspondientes a esta etapa no se dará trámite a la factura en mención**". (Resalta el Tribunal).*

De igual forma, en comunicación de 20 de septiembre de 2016¹⁷⁰, la Interventoría reitera a Odicco que *"Aunque ya se realizó un acta de Cierre de la fase de estudios y diseños, esta quedo (sic) condicionada a subsanar unos compromisos y faltantes, que aún no se han subsanado en su totalidad."*

Estas comunicaciones, pasadas por alto tanto por la parte Demandante como por el Dictamen Pericial Luna, demuestran que, contrario a lo manifestado por Odicco, la Demandante en realidad no acreditó el cumplimiento de las condiciones establecidas para el pago de las Fases 1, 2, 3, y 4.

De hecho, fue tan tajante la negativa de la CVP a dar por cumplidas en su totalidad las actividades correspondientes a estas Fases, que mediante comunicación de 2 de noviembre de 2016 No. 2016EE14919, la CVP indicó a la Interventoría que consideraba que ella había incumplido con sus obligaciones contractuales al haber suscrito las Actas de Cierre Fase 3 y Fase 4, sin que se hubiese constatado que aún no habían sido cumplidas diferentes actividades pendientes cuya finalización había sido exigida por el Comité Técnico para darlas por recibidas a satisfacción¹⁷¹, lo cual no hace más que corroborar la veracidad de lo manifestado por la interventoría en sus ya referidas comunicaciones de 5 y 20 de septiembre de 2016 en cuanto al error cometido por ella misma, y de paso, desvirtuar que las ya también mencionadas actas de cierre de las fases 3 y 4 sirvan, en efecto, para acreditar el pleno cumplimiento de Odicco respecto de dichas fases.

En igual sentido, la Caja de Vivienda Popular envió a Odicco la comunicación No. 2016EE16071 de 16 de noviembre de 2016, indicando el *"presunto incumplimiento"* contractual de Odicco y manifestando que *"teniendo en cuenta las actas de reunión de fechas 12, 16, 22 de septiembre; 06, 18, 25 de octubre; 01 y 09 de noviembre de 2016, sostenidas entre el contratista, la interventoría y la CVP, aún hay pendientes por entregar de la fase de preliminares, diseños y licencias como: estudio de amenaza y riesgo fase II, diseño de obras de mitigación; correcciones al presupuesto de los salones comunales, parque lineal y unidades de tratamiento de basura; cronograma de salones comunales,*

¹⁷⁰ C. de Pruebas No. 1, Folio 239.

¹⁷¹ La referencia a esta comunicación es a título meramente ilustrativo y no podrá ser tenida, de ninguna manera, como opinión o pronunciamiento alguno del Tribunal respecto de ninguna materia relacionada con o derivada del contrato de interventoría, frente al cual carece absolutamente de competencia.

unidades de tratamiento de basura y parque lineal; especificaciones técnicas de salones comunales, unidades de tratamiento de basura, parque lineal; entre otros”.

Las pruebas anteriores, unidas a la ausencia de un documento en el que conste de manera palmaria el visto bueno del supervisor designado por la CVP, son, a juicio del Tribunal, evidencia suficiente en cuanto a que Odicco no demostró haber cumplido con las condiciones contractualmente pactadas para hacerse al pago del valor correspondiente a las Fases 1, 2, 3, y 4, independientemente de que en esas fases se hayan realizado ciertas labores que son ya obligaciones cumplidas por la Convocante, como son por ejemplo, los trámites para la obtención de las licencias. En efecto, tanto en el numeral 3.2.1 de la Cláusula Tercera del Contrato en su versión inicial, como en la reforma que del mismo se hizo en el Otrosí No. 9, el concepto subyacente a la obligación de pago del contratante al contratista por las aludidas Fases 1, 2, 3 y 4 fue el cumplimiento integral y completo de las actividades contempladas en todas ellas con las aprobaciones correspondientes de parte del interventor y del supervisor designado por la CVP, nada de lo cual quedó acreditado dentro del proceso.

Por lo demás, la conducta de la propia Odicco respalda la anterior conclusión. Un ejemplo claro de ello es la comunicación de 29 de diciembre de 2016 dirigida a la CVP, en la que Odicco dio respuesta a la comunicación de la CVP No. 2016EE16071 de 16 de noviembre de 2016 citada atrás. En la comunicación en cuestión, que por supuesto es muy posterior a las tantas veces mentadas actas de cierre de las fases 3 y 4 en las que Odicco pretende sustentar su cumplimiento, la misma compañía identifica las *"actividades pendientes que [para ese momento] se [encontraban] en curso para dar cierre a la fase de estudios, Diseños y Licencias"*.

En línea con lo anterior, múltiples pruebas documentales demuestran que a lo largo del año 2017, la CVP mantuvo una postura uniforme respecto de las inconformidades que le impedían a su supervisor dar Visto Bueno a la conclusión de las Fases 1, 2, 3, y 4. Por ejemplo, mediante comunicación No. 2017EE7634 de 7 de junio de 2017, la CVP manifestó a la Interventoría que difería de las conclusiones de esta en cuanto a que la fase de estudios y diseños del contrato estuviese culminada, ya que mediante comunicación No. 2017EE7435 de 2 de junio de 2017 había realizado observaciones de fondo a los diseños de las obras complementarias que aún no habían sido subsanadas y que, para esa fecha, no se contaba con aprobaciones de diseños por parte de entidades como CODENSA, IDU y la EAAB.

En sentido similar al anterior, mediante comunicación No. 2017EE8079 de 15 de junio de 2017, la CVP dio respuesta a la comunicación de Odicco No. 2017ER7301 de 15 de mayo de 2017 y manifestó que era imposible tramitar pagos parciales por las Fases 1, 2, 3, y 4.

También son muy dicientes la comunicación 2017EE10483 de 9 de agosto de 2017 que CVP envió a la Interventoría, indicando que no encontraba aún subsanadas diferentes observaciones a los diseños de obras complementarias, así como la comunicación 2017EE14543 de 2 de octubre de 2017, en la que la CVP solicita a la Interventoría que se atiendan las observaciones realizadas a los diseños de salones comunales. En esta última comunicación, la CVP afirma: *"Concluimos que con esta información no es posible iniciar las labores de ejecución de los proyectos ya que no cumple con la normatividad vigente, contienen (sic) varias omisiones y la información presentada no es coherente con lo que se (sic) debería presentarse para un diseño eléctrico."*

Por último en este punto, fueron aportadas al proceso diferentes actas de reuniones entre Odicco, la Interventoría y la CVP que tuvieron lugar entre el 5 de septiembre de 2016 y el 19 de septiembre de 2017¹⁷², cuyo tema central era la revisión y seguimiento de los compromisos de Odicco en cuanto a *"estudios y diseños"*, lo cual, como es apenas evidente, no se corresponde con la idea de cierre, cumplimiento y entrega a satisfacción erróneamente reflejada por la interventoría en las actas de cierre, como ella misma lo admitió.

En fin, las discrepancias entre la CVP, la Interventoría y Odicco acerca de la aprobación requerida por parte del supervisor de la CVP están ampliamente documentadas, de lo que sigue que, al no haber prueba en contrario, es decir, prueba que demuestre que el supervisor de la CVP hubiese en efecto dado su visto bueno, debe concluirse que Odicco no acreditó el cumplimiento de las condiciones contractuales para que se le reconozca el pago del concepto objeto del grupo de pretensiones que se analizan en esta sección.

Ahora bien, conforme fue aceptado por ambas Partes, el 13 de marzo de 2018 se celebró el Otrosí No. 9 al Contrato (el **"Otrosí No. 9"**) que modificó la Cláusula 3.2.1. en los siguientes términos:

¹⁷² Las actas en cuestión son de 5 y 16 de septiembre, 20 de octubre, 1, 9 y 16 de noviembre, 1 y 15 de diciembre de 2016; y de 20 de abril, 3 de agosto y 19 de septiembre de 2017 (Fls. 116 a 152 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

***"PRIMERA:** Las partes en forma voluntaria y de común acuerdo han decidido modificar el numeral 3.2.1 de la cláusula tercera del [Contrato], referida al valor del contrato y forma de pago, específicamente, en lo atinente al desembolso de la fase de preliminares, estudios, diseños y licencias, así:*

"TERCERA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO

(...)

***3.2. FORMA DE PAGO. FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.** como vocera del fideicomiso –Fidubogotá S.A.– Proyecto Construcción Vivienda Nueva cancelará el valor del contrato por fases, de la siguiente manera:*

3.2.1. FASE DE PRELIMINARES, ESTUDIOS, DISEÑOS Y LICENCIAS:

Un desembolso correspondiente al ochenta y cinco (85%) (sic) del valor total de las fases 1,2,3 y 4 de preliminares, estudios, diseños y licencias, es decir, la suma de MIL CIENTO VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/cte (1.129.650.000), la cual se cancelará una vez se encuentre debidamente certificado y aprobado por parte de la interventoría, el cumplimiento de todas las actividades, trámites, licencias y aprobaciones que comprenden las citadas fases, salvo lo atinente a la aprobación por parte de la EAAB de los diseños del emisario de descarga final pluvial y sanitario del proyecto de vivienda, así como la aprobación del trámite que se debe adelantar ante el IDU, y se cuente con el VºBº del supervisor designado por parte de la CVP."

Odicco acepta, y así además lo acredita el Dictamen Pericial Luna, que el 26 de marzo de 2018 el Patrimonio Autónomo, en efecto, realizó el pago por el 85% de las Fases 1, 2, 3, y 4 que fue estipulado bajo el Otrosí No. 9.

Siendo que en los términos del Artículo 1602 del Código Civil el contrato es ley para las partes, la celebración del Otrosí No. 9 y el correspondiente pago del 85% del valor de estas actividades por parte del Patrimonio Autónomo sin haberse pagado el saldo restante no puede ser objeto de reproche por parte de Odicco en contra del Patrimonio Autónomo, siendo que Odicco no ha pretendido dentro del proceso atacar la validez del Otrosí No. 9, ni el Tribunal observa que se configure causal alguna para desconocer los efectos legales de este acto jurídico o para considerar que el haber pagado ese 85% constituye un incumplimiento contractual ya que, por el contrario, su soporte está precisamente en un acuerdo de voluntades válida y libremente celebrado.

A pesar de lo anterior, a lo largo del proceso, la Demandante pretendió establecer, como se dijo, que el Patrimonio Autónomo hizo el pago del 85% de las Fases 1, 2, 3 y 4, dos años después de las fechas de las actas de cierre correspondientes¹⁷³. No obstante, la celebración del Otrosí No. 9 denota que las Fases, 1, 2, 3 y 4 no estuvieron finalizadas para las fechas en que Odicco y el Dictamen Pericial Luna lo indicaron. Más aún, hasta el 13 de marzo de 2018, fecha de celebración del Otrosí No. 9, no se había causado la obligación de pago en cuanto, como se expuso atrás en extenso, las condiciones previstas para el pago no habían sido cumplidas. De esta forma, la obligación de pagar el 85% de las Fases 1, 2, 3 y 4, únicamente nació a la vida jurídica con la celebración del Otrosí No. 9, y no dos años atrás como se ha presentado a lo largo de este proceso por la parte Convocante. En otras palabras, el hecho de que, según el dicho de Odicco, el Patrimonio Autónomo hubiese realizado este pago *"sólo hasta el 26 de marzo de 2018"*, está plenamente justificado y además amparado, por un acto jurídico válidamente celebrado entre las Partes.

En línea con lo anterior, se observa que el Otrosí No. 9 es de fecha 13 de marzo de 2018 y que el pago del 85% de las Fases 1, 2, 3 y 4 fue realizado el 26 de marzo de 2018. Es decir, el Patrimonio Autónomo tomó 13 días calendario en tramitar el pago y realizarlo efectivamente, en los términos contemplados bajo el Otrosí No. 9. Para el Tribunal, el plazo en el que la Demandada realizó estas actuaciones es razonable, y da buena cuenta de su intención de honrar sus obligaciones bajo el otrosí en cuestión.

Así las cosas, solo resta verificar si se cumplió con la condición contemplada en el Otrosí No. 9 para el pago del restante 15%, esto es, la aprobación por parte de la EAAB de los diseños del emisario de descarga final pluvial y sanitario del proyecto de vivienda, la aprobación del trámite que se debe adelantar ante el IDU, y el visto bueno del supervisor designado por la CVP. En ese sentido, y como ya quedó registrado unos párrafos atrás, el Tribunal encuentra que Odicco no cumplió con su carga de demostrar que se hayan completado estas condiciones al no obrar en el expediente pruebas concretas que demuestren a cabalidad estos supuestos.

En virtud de lo expuesto en esta sección, se denegarán las pretensiones Trigésima Primera, Trigésima Cuarta y Trigésima Quinta de la Demanda Principal Reformada. En cuanto a la pretensión trigésima segunda, el Tribunal concluye que no es competente para pronunciarse por cuanto hace referencia a una situación ajena a la relación

¹⁷³ Ver hecho 130 de la Reforma de la Demanda Principal y página 84 de alegatos de conclusión de Odicco.

contractual objeto de este trámite arbitral. La pretensión Trigésima Tercera prospera parcialmente en cuanto a que el 26 de marzo de 2018 el patrimonio autónomo pagó a Odicco el 85% del valor de la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4 del proyecto, y no prospera en lo demás.

En cuanto a las excepciones planteadas en este capítulo, el Tribunal retoma lo dicho líneas atrás en este Laudo en el sentido de que no resulta necesario el pronunciamiento dado que las pretensiones respectivas no prosperan.

6. Sexto problema jurídico: ¿Tiene derecho Odicco a que le indemnice por las sumas adicionales en las que pudo haber incurrido por mayores cantidades de la actividad "*excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1*"? ¿Tiene derecho Odicco a algún pago adicional por concepto de "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación mezclado con B.200 para terrazas?"

En las pretensiones trigésima sexta a cuadragésima sexta de la demanda reformada, sobre este tema la Convocante pide que se declare lo siguiente:

- i. Que los volúmenes iniciales del Ítem "*excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1*" se establecieron por parte de Odicco teniendo en cuenta que la entrega del Sector 1 del Proyecto se realizaría el 30 de septiembre de 2015.
- ii. Que el Sector 1 del Proyecto, fue entregado por el Patrimonio Autónomo a Odicco de manera total hasta el 18 de febrero de 2017.
- iii. Que la precipitación de lluvias fue superior a los promedios que el IDEAM calculó para los años 2016 y 2017.
- iv. Que, como consecuencia de las declaraciones trigésima quinta, trigésima sexta, y trigésima séptima, Odicco realmente ejecutó la "*excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1*" de 64.533,41 M3.
- v. Que el Patrimonio Autónomo es responsable de la suma adicional en que incurrió Odicco en la ejecución del Contrato de Obra derivada de la mayor cantidad de la actividad de "*excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1*", por la entrega tardía del Sector 1 del Proyecto.

- vi. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y SEIS PESOS (\$2.888.967.166) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto del mayor volumen de *"excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1"* del Contrato Obra.
- vii. Que se declare que inicialmente el ítem *"relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"* no fue previsto en el presupuesto realizado por Odicco.
- viii. Que se declare que el *"relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"* era necesario para el mantenimiento y correcta ejecución del Contrato Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015, pero no forma parte del alcance del objeto del mismo.
- ix. Que se declare que el *"relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"* fue realizado por parte de Odicco con la finalidad de ejecutar en debida forma el Contrato de Obra.
- x. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$342.873.368) M/CTE o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de realizar la actividad del *"relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"* del Contrato Obra.
- xi. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley.

De su lado la Parte Convocada expuso en esta materia dos excepciones que identificó como *"Ausencia de las condiciones de exigibilidad para pago"* y *"Nemo auditur suam turpitudinem allegans."*

6.1 Posición de la parte Demandante

En la demanda reformada, en esta materia Odicco planteó lo siguiente:

- a. Durante la ejecución del Contrato los volúmenes de excavación del Sector 1 del Proyecto *"aumentaron de manera considerable"* (Demanda Principal Reformada, Hecho 137). Mientras que en los Pliegos de Condiciones se establecieron 15.000 m³ de *"excavación mecánica material común, cortes taludes y retiro – Sector 1"*, según el Informe *"Análisis de movimiento de tierra sector 1 de julio de 2017"* realizado por el ingeniero civil Arturo Díaz (el **"Informe Díaz"**), la excavación total del Sector 1 ascendió a 27.189,2 m³. Añade que con base en el Informe Díaz los volúmenes proyectados de excavación para el Sector 1 ascendieron a 37.344,21 m³, conforme con lo cual, concluye que *"es notorio que el volumen de excavación del Sector 1 del Proyecto para la ejecución del Proyecto fue de 64.533,41 M3"* (Demanda Principal Reformada, Hecho 139). A partir de ello, sostiene que *"la diferencia entre los volúmenes iniciales referentes a las excavaciones del Contrato de Obra y los verdaderos volúmenes referentes a las excavaciones para la ejecución del contrato es de 49.533, 21 M3"* (Demanda Principal Reformada, Hecho 140).
- b. Los Pliegos de Condiciones no previeron ítems por *"relleno con material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"*, pero durante la ejecución del Contrato fue necesario realizar esas actividades (Demanda Principal Reformada, Hecho, 144). Conforme al Informe Díaz, el volumen de relleno del Sector 1 del Proyecto *"es de 7.746 '80 (sic) M3"* (Demanda Principal Reformada, Hecho 143).
- c. Con base en lo anterior, Odicco sostiene que ejecutó 64.533,41 m³ de *"excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1"* a un precio unitario de \$44.767 para un total de \$2.888.967.166 (Demanda Principal Reformada, Hecho 147); y 7.746,80 m³ de *"relleno con material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"* a un precio unitario de \$44.260, para un total de \$342.873.368 (Demanda Principal Reformada, Hecho 148), concluyendo de esta forma que *"las actividades relacionadas con el movimiento de*

tierra del sector 1 del Proyecto ascienden a un valor de \$3.231.840.534"(Demanda Principal Reformada, Hecho 149).

- d. En sus alegatos de conclusión, Odicco complementó su posición con relación a este problema jurídico y adujo que el Patrimonio Autónomo no tenía información suficiente para haber escogido el precio global fijo como modalidad de determinación del precio del Contrato, *"toda vez que con la información que contaba era apenas preliminar"* (Alegatos de Conclusión Odicco, pág. 52), y que, por consiguiente, Odicco *"solo asume el riesgo de desviaciones normales de cantidad de obra, pero no de desviaciones anormales o extraordinarias, más aún si tales desviaciones son el efecto de otros incumplimientos del Contratante"* (Alegatos de Conclusión de Odicco, pág. 53).
- e. También manifestó que el Patrimonio Autónomo entregó a Odicco una información de referencia para elaborar la propuesta económica *"en concreto, los estudios de suelos elaborados por la sociedad Geocing S.A.S."* (Alegatos de Conclusión de Odicco, pág. 57) y que Odicco *"elaboró la propuesta con base en la "información de referencia", información que no puede ser calificada como superficial o incompleta, toda vez que fue elaborada por un profesional experto en estudio de suelos y, por ende, generó confianza que se desprendió del deber de información que se desprende en el ámbito contractual del principio de buena fe"* (Alegatos de Conclusión de Odicco, pág. 58).
- f. Agregó que en cumplimiento del deber de autoinformarse, y de la obligación de realizar los respectivos estudios de suelos conforme a la Fase 2 del Pliego de Condiciones, procedió a realizar una actualización del estudio de suelos de Geocing S.A.S., y que el presupuesto que presentó se basó en el Informe de Geocing S.A.S., en la actualización de ese informe y en la premisa de que la entrega total del predio se realizaría el 30 de septiembre de 2015.
- g. Concluye Odicco que el haber tenido que ejecutar un volumen de 49.533,21 m³ mayor a lo presupuestado *"se derivó exclusivamente del incumplimiento por parte del Patrimonio Autónomo en cuanto a la entrega tardía del Sector 1 del Proyecto (...) la consecuencia inmediata de la entrega tardía del Sector 1 del Proyecto (...) fue (...) que el cambió (sic) coyuntural de las propiedades del suelo debido al*

comportamiento de las lluvias que se presentó durante el año 2017 (...) lluvias que fueron mayores al promedio y se comprueban con las tablas oficiales del IDEAM de la estación San Cayetano" (Alegatos de Conclusión de Odicco, págs. 64 y 65).

- h. Finalmente, afirma la parte demandante que conforme al Artículo 2060 numeral 2 del Código Civil, el Contratista de un contrato de obra tiene derecho a reclamar los perjuicios sufridos por circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, y anota: *"Así las cosas, si bien es cierto que Odicco conoció las condiciones del suelo tanto del Sector 1 como del Sector 2 del Proyecto para el (sic) finales del año 2015 en virtud al (sic) estudio de suelos de 2015, también lo es que no pudo prever que el Patrimonio Autónomo iba a entregar el Sector 1 del Proyecto hasta el 18 de febrero de 2017, fecha en que las lluvias superaron el promedio y, a su vez, generaron que el suelo cambiara las características inicialmente previstas en el estudio de suelos de 2015, lo que ocasionó unos costos adicionales."*

6.2 Posición de la parte Demandada

Al contestar la demanda reformada la Parte Convocada se opuso a los planteamientos contenidos en tal documento y expuso los siguientes argumentos:

- a. Bajo el numeral 3.11. del Pliego de Condiciones, el Contratista debía entregar un presupuesto como entregable de la fase de diseños, únicamente como una referencia para los pagos. Lo anterior quedó reflejado en la Cláusula Tercera del Contrato. Agrega que como el Contrato es a precio global, en este se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el Contratista para la ejecución de la obra, sin que, en principio, se reconozcan obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas (Contestación de la Demanda Principal Reformada, págs. 69 y 70).
- b. Por otro lado, el Patrimonio Autónomo interpone excepción de *"Nemo Auditur Suam Turpitudinem Allegans"* y alega que Odicco confiesa que hubo un error grave en los cálculos al momento de realizar el presupuesto (Contestación de la Demanda Principal Reformada, pág. 71).

6.3 Planteamientos del Ministerio Público

Al referirse a este grupo de pretensiones el Agente del Ministerio Público planteo en su Concepto final que de conformidad con las exigencias del Pliego de Condiciones, a partir de las condiciones y características del suelo y teniendo en cuenta las conclusiones de sus estudios, el Contratista ha debido estimar la cantidad de metros cúbicos que sería necesario remover para efectos de cumplir con el objeto del contrato.

Agrega el concepto, que si tales estudios fueron inadecuados, se trata de una contingencia que el Contratista debe asumir como un riesgo propio. Adicionalmente se indica que en el proceso no está demostrado el vínculo entre las precipitaciones pluviales del momento en que se realizaron las obras y el incremento en las cantidades de obra.

6.4 Consideraciones

Visto que la solicitud de declaratoria de responsabilidad contractual está fundamentada en la entrega tardía del lote y en un alegado aumento de pluviosidad durante el término afectado por dicha entrega tardía, es necesario precisar que el referido retardo, de acuerdo con lo establecido en capítulo precedente de este laudo al despachar las pretensiones del literal c, (décima tercera a vigésima segunda), tuvo un marco temporal inferior al pretendido en la demanda.

Para resolver este problema jurídico, el Tribunal seguirá la línea de análisis utilizada en otros problemas jurídicos y en consecuencia, estudiará en primer lugar las disposiciones contractuales aplicables y acto seguido las pruebas acerca de lo ocurrido durante la ejecución del Contrato.

De esta forma, en primer lugar, se debe tener en cuenta que, bajo la Cláusula Primera del Contrato, éste fue celebrado bajo la modalidad de *"precio global fijo sin fórmula de reajuste"*, y su objeto comprende *"la realización de los estudios, diseños, construcción, escrituración, registro"* del Proyecto.

La misma cláusula dispone que las obras civiles objeto del Contrato *"se encuentran plenamente establecidas y delimitadas en los siguientes documentos (...) y EL CONTRATISTA manifiesta expresamente conocer en su totalidad (...) 1. Las condiciones y términos de referencia de la Invitación Privada No. 001 de 2015 y sus respectivos*

anexos, al igual que las adendas y demás documentos proferidos en virtud de la mencionada convocatoria (...)".

Debe también destacarse que la Cláusula 3.1. del Contrato dispone un valor fijo por el objeto contratado y establece que el mismo "(...) *no podrá modificarse por el contratista y es responsabilidad de éste modificar el porcentaje para cada una de las actividades enunciadas en el cuadro de presupuesto propuesto. No se pagarán sumas adicionales por ninguna actividad relativa a la ejecución integral del contrato (...) En todo caso, es obligación del oferente realizar el presupuesto y diseños complementarios de las obras de urbanismo básicas y complementarias que conforman la totalidad del proyecto (...)"*. Igualmente, la misma cláusula tercera del contrato establece que "*en ningún caso se tendrá en cuenta para efectos de pago de la fase de Construcción, la inversión realizada (...)*."

Por su parte, la Cláusula 4.1. numeral 8 establece que "*El contratista deberá elaborar los estudios y diseños necesarios para cumplir con el objeto del contrato, verificando cada actividad a desarrollar, en función a su aplicabilidad o no aplicabilidad de acuerdo a la normatividad vigente, sobre su alcance y contenido general que se incluye en el anexo técnico y que deben servir como guía general para la elaboración metodológica para la elaboración de los estudios y diseños de los trabajos y construcción de las obras.*"

Del recuento anterior, puede concluirse que el Contrato fue pactado a suma global fija, lo que de suyo implicaba que el Contratista tenía la carga de realizar una estimación adecuada tanto del presupuesto como de las cantidades de obra que habría de ejecutar. En últimas, bajo el esquema contractual establecido, Odicco corría con los riesgos de no hacer una estimación ajustada con la realidad de las obras que habrían de recaer dentro del objeto del Contrato, y, por regla general, el Contratante se vería exonerado de reconocer sumas adicionales por actividades adicionales o que no estuvieren previstas bajo el objeto del Contrato.

Hechas las anteriores consideraciones, corresponde determinar (i) si, como lo dice Odicco, el Patrimonio Autónomo incurrió en algún desconocimiento del deber de información; (ii) si efectivamente hubo mayores volúmenes de excavación; (iii) si las circunstancias que determinaron que se incrementaran las cantidades de obra por excavación en el sector 1 fueron imprevisibles, y (iv) si, adicionalmente, Odicco tenía o no alguna obligación de corroborar la información que le fue presentada en relación con el suelo en que se construiría y con los movimientos de tierra requeridos.

Sobre los puntos primero y cuarto, se concluye que Odicco no demostró en qué consistió el supuesto incumplimiento al deber de información sobre el que pretende sustentar sus pretensiones. En efecto, Odicco justifica el haber tomado como referencia el estudio de suelos de Geocing S.A., el cual, argumenta, "*generó confianza*" en el Contratista para la preparación del presupuesto. Pues bien, encuentra el Tribunal que Odicco no puede soportar sus pretensiones sobre este hecho ya que el mismo estudio de Geocing S.A. estableció que sus conclusiones no eran definitivas¹⁷⁴, y, quizás más importante, al referirse a la Fase 2 los Pliegos de Condiciones establecieron:

"(...) NOTA: Los estudios de suelos suministrados por la entidad será (sic) solamente una referencia para efectos de la elaboración de la propuesta. Sin perjuicio de lo anterior, el contratista está obligado a realizar los estudios respectivos, y en ningún momento los entregados por la entidad serán objeto de aclaración o exigencia".

De manera que las alegaciones acerca de un supuesto incumplimiento del deber de información, por lo menos en lo que concierne con la actividad de obras de excavación para el Sector 1, resultan infundadas¹⁷⁵, pues lo que se observa, en contraste, es que el Contratante fue claro en advertir que el Contratista no habría de soportarse exclusivamente en la información de referencia que se le estaba brindando en la etapa precontractual para la realización de los cálculos correspondientes a estas actividades.

¹⁷⁴ El estudio en cuestión establece:

"10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Desde el punto de vista geológico-geotécnico, al (sic) área de estudio no presenta evidencia física que refleje procesos de inestabilidad que puedan afectar la futura implantación del proyecto. El área de estudio se desarrolla sobre terrenos de pendiente media por lo que se realizó el análisis de capacidad portante con la corrección por la inclinación del terreno, (...)

11. LIMITACIONES

Las recomendaciones dadas en este trabajo se basan en los resultados de los trabajos de investigación del subsuelo realizados están enfocadas a evaluar las condiciones del subsuelo del predio La Arboleda Santa Teresita en la localidad de San Cristóbal para la implantación del proyecto.

Si durante los trabajos de construcción de las obras propuestas se llegan a encontrar características diferentes a las aquí mencionadas se deberá dar aviso al ingeniero geotecnista para que haga los ajustes del caso." (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 209).

¹⁷⁵ Lo que implica que no sea de recibo la afirmación del perito Luna en cuanto que "*la condición y ancho del estrato del material subyacente a reemplazar (...) la cual era más profunda de lo que pudieron demostrar los estudios previos*" y la "*existencia de bolos de más de 1m3 de volumen, ubicados a profundidad de cambio de estrato relleno antrópico*" (Dictamen Pericial Luna, pág. 84) determinó que se tuvieran que ejecutar mayores cantidades de obra, por cuanto, se insiste, era obligación del Contratista realizar por su cuenta estudios de suelo que soportaran debidamente sus cálculos.

Por lo demás, llama la atención la siguiente afirmación en el Dictamen Pericial Luna que, contrariamente a lo sostenido por Odicco, resalta para el Tribunal Arbitral que un estándar de diligencia común debía determinar al Contratista a realizar un cálculo adecuado y suficiente de estas actividades. Dijo el perito Luna:

"En cuanto a la pertinencia del ítem en relación a la ubicación y naturaleza del lote, no tener en cuenta el ítem de excavación, mecánico o inclusive manual, para el suscrito perito, en su leal saber y entender, teniendo en cuenta que el lote está ubicado a más de 3.000 msnm (metros sobre el nivel del mar), en una zona de piedemonte de los cerros orientales de la sabana de Bogotá, vulnera un principio básico ingenieril en la etapa de planeación, por cuanto la posibilidad de que existiera la posibilidad (sic) de excavación era obvia y más con la gran cantidad de edificios (46) a levantar, fuera cual fuera el sistema de fundación que se escogiera." (Dictamen Pericial Luna, pág. 81)

Si como lo dice el perito Luna, era "obvio" que habrían de realizarse excavaciones y que la cantidad de edificios a levantar implicaba una cantidad considerable de obra, por la modalidad de obra contratada, el deber de planeación ponía en cabeza del Contratista la responsabilidad de estimar adecuadamente las cantidades de obra para estos ítems, con el consecuente riesgo en caso de que esa estimación no resultare adecuada. No puede olvidarse aquí que el deber de planeación en un proyecto de largo alcance como este difícilmente puede ser predicable respecto de una sola de las partes, máxime cuando se contrata a un constructor profesional, y cuando además, como se advirtió atrás, desde los términos de referencia del Pliego de Condiciones¹⁷⁶, que hacen parte del Contrato, se hizo una clara distribución de riesgos en razón de la cual quedó radicado en cabeza del contratista todo lo atinente al análisis de suelos, señalándose igualmente, con toda precisión, que el estudio de Geocing S.A. presentado por la entidad contratante servía únicamente a manera de referencia¹⁷⁷, y en consecuencia, bien hubiera podido ni siquiera presentarse.

En cuanto a si hubo o no mayores volúmenes de excavación el Tribunal recurre a dictamen Pericial Luna, en que se indica que hubo cantidades mayores de "excavación mecánica

¹⁷⁶ Ver pág. 10 de los Pliegos de Condiciones (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 18 vuelto), y Anexo 16 al Pliego de Condiciones (Matriz de Riesgos) en Dictamen SCI págs. 212 y 213.

¹⁷⁷ Ver Estudio Geotécnico de Cimentaciones Arboleda Santa Teresita hecho por Geocing S.A.S. (Cuaderno de Pruebas No. 1, folio recto y vuelto 222).

material común, cortes de taludes y retiro sector 1", en un volumen de 49.533,41 m3, para un total de obra ejecutada por este concepto de 64.533,41m3, cifra esta que coincide con la expresada en la página 198 del Dictamen SCI, a señalar "que el volumen de corte total para la ejecución del proyecto en el sector 1 es de 64.533,41 m3". Lo anterior, contrastado con los 15.000m3 correspondientes a lo inicialmente presupuestado por el contratista (ver página 197 del Dictamen pericial SCI) y a las condiciones iniciales del Contrato (página 92 del Dictamen Pericial Luna) conduce al Tribunal a concluir que en efecto el exceso de obra por este concepto fue de 49.533,41m3.

Lo anterior lleva necesariamente al Tribunal a analizar si, como lo argumenta Odicco, existieron circunstancias imprevisibles y no imputables al Contratista que hayan determinado la realización de mayores cantidades de obra. Las circunstancias sobre las cuales Odicco pretende justificar que se hayan tenido que realizar mayores cantidades de obra por estos conceptos están interconectadas: la entrega tardía del lote junto con el consecuente aumento de la pluviosidad en la zona que habría modificado las características del terreno.

Sin perjuicio de que los problemas jurídicos derivados de la entrega del lote correspondiente al Sector 1 hayan sido analizados en otras secciones del presente laudo, no se aprecia causalidad alguna entre las justificaciones que pretende aducir Odicco y el desfase alegado, entre las cantidades inicialmente presupuestadas y las que efectivamente se ejecutaron.

El Dictamen Pericial Luna concluye que *"dado que entre el segundo semestre del año 2015 y febrero de 2017 no se pudo realizar ninguna actividad por la no entrega a tiempo del sector 1, el mismo recibió una cantidad de agua que, dada las características heterogéneas de los rellenos antrópicos superficiales y cohesiva de los suelos subyacentes, la misma se fue acumulando hasta que al acometerse las actividades de excavación, la cota de fundación de la placa de cimentación de las torres del Sector 1 tuvo que profundizarse (..) En efecto, se presentó un cambio de humedad que alteró de manera negativa la capacidad portante del suelo por lo cual se tuvo que profundizar hasta encontrar niveles aceptables de capacidad portante, atendiendo la recomendación del geotecnista (...)"* (Dictamen Pericial Luna, pág. 84). Para sustentar esta conclusión, cita diferentes oficios del IDEAM, que a su juicio muestran que hubo lluvias que en varias épocas de los años en cuestión superaron los promedios históricos.

El argumento en cuestión no es de recibo. Como se dijo en otros apartes del presente laudo, aun si no hubiesen ocurrido inconvenientes en la entrega del lote, es incierto que Odicco hubiese podido ejecutar las obras correspondientes, en la medida que carecía de los permisos y licencias para hacerlo. Por otra parte, en cuanto al promedio de lluvias que pudo haberse presentado en el año en que se ejecutaron estas actividades, resulta pertinente hacer las siguientes consideraciones:

En primer término, la alta pluviosidad no constituye un evento imprevisible del que pueda derivarse un incremento dramático de las cantidades de las excavaciones, teniendo en cuenta que, como bien lo afirmó el perito Luna "(...) *el comportamiento de las precipitaciones corresponde al piso térmico de páramo, que es en el cual se enmarca el lote de la Arboleda Santa Teresita*" (Dictamen Pericial Luna, pág. 87), pues, como la ciencia y la experiencia lo indican, en este piso térmico es habitual y poco sorpresivo que se presenten lluvias o lloviznas habitualmente¹⁷⁸. En segundo lugar, el Dictamen Pericial Luna hace referencia a "...*lluvias excesivas que se presentaron a finales de 2016 y a principios de 2017...*"¹⁷⁹, lo cual sustenta con las tablas oficiales del Ideam que se presentan entre las páginas 21 a 25 de dicho dictamen, donde se comparan los niveles de precipitación de los años 2016 y 2017 contrastándolos con promedios históricos. El análisis detallado de los cuadros presentados, sin embargo, conduce al Tribunal a concluir todo lo contrario a lo que se quiere probar, ya que para los períodos bajo análisis se aprecia que el número de meses en que las lluvias superaron los promedios históricos es prácticamente equivalente a aquel en que no lo hicieron, registrándose incluso algunos períodos donde el nivel de lluvias fue sustancialmente inferior al histórico. En tercer lugar, acudir al expediente de señalar que las obras tuvieron que adelantarse en los años 2016 y 2017, o al menos en el 2016 para no entrar por lo pronto en el 2017, por razones imprevisibles para el constructor, resulta radicalmente contrario a lo que con toda evidencia se desprende del contrato, ya que el mismo fue suscrito en agosto de 2015, contemplándose en su cláusula segunda un plazo de más de 12 meses para la culminación de las obras que, si las labores pudieren haberse empezado a desarrollar al día siguiente de la suscripción del contrato sin contar con otros factores, ya nos llevaría hasta agosto de 2016.

¹⁷⁸ No sobra anotar que una de las acepciones que el diccionario de la Real Academia de la Lengua prevé para la palabra "páramo" es "llovizna", de uso en Colombia y Ecuador: <https://dle.rae.es/?id=RrqSSWU> (Consultado por última vez el 3 de julio de 2019), lo cual pareciera significar que se refiere a un lugar bajo permanentes condiciones de humedad.

¹⁷⁹ Ver página 20 del Dictamen Pericial Luna.

En contraste con lo anterior, merecen credibilidad las conclusiones del Dictamen Pericial SCI, en el sentido que *"independientemente del motivo por el cual aumentaron las cantidades reales de excavación en el sector 1 en comparación con las cantidades estimadas en los diseños realizados por ODICCO LTDA., esta es una situación que debe ser considerada como un **riesgo previsible**, tal y como se puede evidenciar en la Matriz de Riesgos que hizo parte de los documentos precontractuales (...)"* (Dictamen Pericial SCI, pág. 210). Esta postura, dicho sea de paso, fue expresada por la CVP a la Interventoría en comunicación de 27 de septiembre de 2017, en la que la CVP se negó a reconocer sumas adicionales en favor de Odicco por estas actividades.

Por lo demás no está probado en el proceso sobre que bases o consideraciones estableció Odicco los volúmenes de excavación de tierras requeridos para el sector 1.

Lo hasta aquí expuesto es suficiente para que se concluya que no prosperan las pretensiones trigésima sexta, trigésima octava, cuadragésima, cuadragésima primera y prosperan las pretensiones trigésima séptima y trigésima novena, aclarando, respecto de esta última, y con base en las facultades de interpretación que la ley otorga al juez, que se concede por cuanto lo allí pretendido está probado, independientemente de haber sido presentada como consecencial de algunas otras que no prosperan.

Similares consideraciones caben acerca del segundo concepto inmerso en este grupo de pretensiones, en el sentido de reconocer sumas de dinero por el concepto *"relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas"*, según lo que a continuación se establece.

La discusión en este punto recae en determinar si este concepto estaba previsto o no dentro del objeto del Contrato. Por un lado, el Dictamen Pericial Luna concluye que este es *"un ítem no previsto y surgió de la necesidad de suplir, de la forma más económica y técnicamente viable posible, la aparición de fallos (materiales contaminados que no compactan y sobre los cuales no se pueden fundar las placas de los edificios), así como el lleno de los muros transversales y longitudinales que se construyeron. Debido a lo anterior, la cantidad original considerada en el presupuesto del contratista fue cero (0) m³"*¹⁸⁰.

Por otro lado, para la SCI el Contrato *"(...) no establece específicamente las actividades que deben ser ejecutadas como parte de la Fase 5 del proyecto, la cual corresponde con*

¹⁸⁰ Dictamen Pericial Luna, Página 87.

*la Etapa de Construcción*¹⁸¹. La SCI también es de la opinión que "De los documentos contractuales y precontractuales revisados se obtuvo que en ningún caso se encuentran explícitas las actividades específicas que hacen parte del objeto. Sin embargo, es claro que el objeto contractual implica la ejecución de todas las actividades necesarias requeridas para completar en su totalidad la construcción de las obras contratadas. Dichas obras deberían quedar especificadas y cuantificadas detalladamente al momento en que el contratista realizara el presupuesto de obra producto de los estudios y diseños respectivos, lo cual no quiere decir que desde el inicio del contrato no se pudiera prever que técnicamente una obra como la que hace parte del contrato en cuestión implica la ejecución de algunas actividades básicas, entre las cuales se encuentra la ejecución de rellenos, lo cual adicionalmente queda claro al encontrar esa actividad dentro de las especificaciones particulares que se incluían dentro del Anexo Técnico"¹⁸².

El Tribunal encuentra razonabilidad en las conclusiones de la SCI, especialmente porque, si es que tuvieron que realizarse obras adicionales o no presupuestadas de relleno de material, las consecuencias jurídicas y económicas por no haberlas presupuestado debidamente recaen exclusivamente en cabeza de Odicco, ya que, como se dijo, esta es una de las consecuencias de que el Contrato se haya celebrado bajo la modalidad de precio global fijo, y es también uno de los riesgos naturalmente previsibles para un constructor avezado que ejecuta obras en una zona montañosa y con condiciones climáticas de páramo, a lo cual se suma que "el contratista asumirá todos los riesgos que se desprendan de los actos y actividades propias de la ejecución del Contrato", según lo establecido en el acápite de asunción de riesgos de la cláusula décima quinta. En otras palabras, el Tribunal encuentra que las situaciones que llevaron a que se ejecutaran las excavaciones y el relleno de material en cantidades que no resultan aceptables para el Contratista, obedecen a un común denominador, y es la deficiente evaluación por parte de Odicco de las condiciones del lugar donde debían desarrollarse las obras, y sobre las cuales habría de soportar sus cálculos y presupuestos, con lo cual queda entendido que dichas labores si hacían parte del objeto del contrato, en la medida en que sin ellas no podría haberse desarrollado una construcción en una zona de páramo.

De otro lado, el Tribunal, con base en el Dictamen Pericial SCI, tiene por establecido que en el presupuesto realizado por Odicco no se incluyó el relleno de material proveniente de préstamo de excavación mezclado con B-200¹⁸³. Adicionalmente para el Tribunal

¹⁸¹ Dictamen Pericial SCI, pág. 215.

¹⁸² Dictamen Pericial SCI, págs. 219 y 220

¹⁸³ C. de Pruebas No.5, Dictamen Pericial SCI, página 230.

resulta claro que la determinación de si era o no necesario la realización de labores de relleno con material de préstamo de excavación mezclado con B-200, correspondía integralmente al Contratista, especialmente en consideración a lo dispuesto en el acápite de "*asunción de riesgos*" de la cláusula décima quinta del Contrato, en donde se señala que "*el contratista asumirá todos los riesgos que se desprendan de los actos y actividades propias de la ejecución del contrato (...) y asume por su cuenta y riesgo exclusivo los accidentes, siniestros (...)*". Siendo esto así, y habiendo el Contratista realizado las labores de relleno en esas condiciones el Tribunal concluye que (i) está probado que el uso del material B-200 era necesario, y (ii) que siendo ello un riesgo a cargo del Contratista hacía parte del alcance del contrato.

Finalmente, resulta pertinente detenerse por un instante en uno de los argumentos propuestos por la entidad demandante, cual es el de la posible existencia de un vicio oculto en los suelos, buscando con ello encuadrarse dentro de los supuestos contemplados en el numeral 2 del artículo 2060 del Código Civil. Al respecto, cabe decir que si bien el concepto de "vicio oculto" no está definido dentro de las normas atinentes a los contratos de obra, resulta viable, por la vía analógica, aplicar los mismos criterios legalmente establecidos para determinar la existencia de un vicio oculto (redhibitorio) en contratos de compraventa. Al efecto, el artículo 1915 del Código Civil señala como una de las características fundamentales de este tipo de vicios o defectos la de "*...ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio...*". Bajo esta interpretación analógica, el concepto de "comprador" tendría que aplicarse *mutatis mutandis* al contratista constructor, quien por definición es un profesional de la construcción y por tanto, se supone conocedor de los suelos donde ha de levantar construcciones, o que al menos tiene las herramientas y el conocimiento suficiente para acceder a tal conocimiento, ante lo cual resultaría de suyo incoherente sostener que no podía conocer fácilmente de la existencia de problemas del suelo "en razón de su profesión u oficio", y más aún, sostener que podía haber ignorado tales defectos "sin negligencia grave de su parte". La mayor o menor pluviosidad en una zona de páramo es normal y más aún, no resulta imprevisible a la luz de los promedios históricos allegados al Tribunal, por lo que dicha pluviosidad o sus consecuencias sobre la tierra, mal podrían haberse considerado como un vicio oculto del terreno.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal encuentra que las pretensiones de Odicco para que se le reconozcan sumas de dinero por concepto de obras de relleno de material no tienen fundamento.

En virtud de las consideraciones expuestas en la segunda parte de esta sección, prosperarán las pretensiones cuadragésima segunda y parcialmente la cuadragésima tercera en tanto que el relleno de material proveniente de préstamos de la excavación mezclado con B-200 para terrazas era necesario, mas no prospera en cuanto que ello no formara parte del objeto del contrato. Prosperará también la pretensión cuadragésima cuarta y se denegarán las pretensiones Cuadragésima Quinta y Cuadragésima Sexta de la Demanda Principal Reformada. Finalmente, teniendo en cuenta que no prosperan las pretensiones de condena, con parámetros iguales a los ya indicados en este Laudo, no hay necesidad de emitir pronunciamiento sobre las excepciones formuladas en cuanto a este aspecto.

7. Séptimo problema jurídico: ¿tiene derecho Odicco a pagos adicionales asociados a la empradización pilotaje y movimiento de tierras para estabilizar el muro M-10 ?

Al formular la demanda reformada la Parte Convocante, bajo las pretensiones cuadragésima séptima a quincuagésima, cuarta solicita al Tribunal las siguientes declaraciones:

- i. Que en virtud del Otrosí No.6 al Contrato de Obra., Odicco realizó obras adicionales de mitigación para la estabilidad del Proyecto, dentro de las cuales se encontraba la construcción de los muros de contención M1-M2-M3-M4-M5-M6-M7-M8-M9-M10-M11.
- ii. Que la construcción de los muros de contención M1-M2-M3-M4-M5-M6-M7-M8-M9-M10-M11, fueron ejecutadas en debida forma por parte de Odicco de conformidad con las exigencias técnicas previstas en el Acta de Trabajos adicionales Contrato de Obra Civil No. CPS PCVN-3-1-30589-045-2015 de 4 de septiembre de 2017.
- iii. Que la precipitación de lluvias fue superior a los promedios que el IDEAM calculó para los años 2017 y 2018.

- iv. Que la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey ha presentado diferentes rupturas o fugas de agua desde el 23 de noviembre de 2017 hasta el 29 de junio de 2018.
- v. Que, como consecuencia de las declaraciones iii) y iv) anteriores, se declare que el muro 10 M-10 presentó desplazamientos que han deteriorado la estabilidad de mismo.
- vi. Que, como consecuencia de las declaraciones iii), iv) y v) anteriores, se declare que Odicco en virtud de la buena fe contractual se vio obligado a realizar obras adicionales que no estaban contempladas en el Otrosí No. 6 del Contrato de Obra para estabilizar el muro 10 M-10.
- vii. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la suma de QUINIENTOS TREINTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$530.000.000) o la suma que se demuestre en el proceso, correspondiente al valor en que incurrió Odicco., como efecto de actividad de empradización, pilotaje y movimiento de tierras para estabilizar el muro 10 M-1.
- viii. Que sobre cualquiera de las sumas anteriores se condene al Patrimonio Autónomo a pagar a Odicco, la actualización y los intereses moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley".

Al contestar la demanda, en este punto particular la Parte Convocada formuló las excepciones de "*Ausencia de las condiciones de exigibilidad*" y *Nemo Auditur Suam Turpitudinem Allegans*."

7.1 Posición de la parte Convocante

Como sustento de las pretensiones formuladas, Odicco plantea lo siguiente:

- a. Odicco reclama que se reconozcan en su favor \$530.000.000 correspondientes a obras de empradización, pilotaje y movimientos de tierras que, alega, fueron necesarias para modificar la cimentación del muro de contención M-10.

- b. Manifiesta que el 15 de septiembre de 2017 se suscribió el Otrosí No. 6 que adicionó el Contrato para realizar ciertas obras de mitigación para la estabilidad del Proyecto. Agrega que de conformidad con el Otrosí No. 6, realizó la construcción de los muros de contención M1-M2-M3-M4-M5-M6-M7-M8-M9-M10-M11, sin embargo, una vez terminadas estas obras se evidenció una inestabilidad del muro de contención M-10, causada por dos fenómenos: uno, la precipitación de lluvias fue superior a los promedios del IDEAM para los años 2016, 2017 y 2018, y dos, las continuas rupturas de tubería de la EAAB Quindío-Juan Rey.

7.2 Posición de la parte Demandada

Al contestar la demanda reformada, si bien el Patrimonio Autónomo se opuso a estas pretensiones, manifestó que no le constaban los hechos relacionados con este grupo de pretensiones (Hechos 150 a 155 de la Demanda Principal Reformada).

Sin perjuicio de lo anterior, el Patrimonio Autónomo incluyó en sus alegatos de conclusión el capítulo *"7. Pronunciamiento frente a las pretensiones relacionadas con los movimientos de tierra del sector 1 y movimientos de tierra del sector 2"*, en el que, como su nombre lo indica, engloba en una sola defensa sus argumentos en contra de estas pretensiones y de las que se ocupó el Tribunal.

Refiriéndose específicamente a este grupo de pretensiones el Patrimonio Autónomo argumenta que no existe nexo de causalidad entre su actuar y el desplazamiento del muro M-10, y soporta sus afirmaciones sobre el dictamen pericial rendido por el ingeniero Adolfo Alarcón Guzmán, que concluye que las condiciones climáticas eran previsibles, y que Odicco no demostró las causas de inestabilidad ni la cuantía del daño supuestamente sufrido.

7.3 Consideraciones

Como lo señalaron las partes, las obras de las cuales deriva el perjuicio alegado por Odicco en este punto provienen de la celebración del Otrosí No. 6 de 15 de septiembre de 2017, que añadió el parágrafo 3 a la Cláusula Primera del Contrato en el siguiente sentido:

"Parágrafo 3: El Contratista se obliga para con el contratante a realizar a precio global fijo sin fórmula de reajuste la construcción de las obras de

mitigación para estabilidad del proyecto, y demás actividades contenidas en el acta de aprobación de obras adicionales suscrita entre el contratante, el contratista y la interventoría, de conformidad con las especificaciones técnicas contenidas en la misma. El contratista debe asumir todos los costos que implique cada una de las actividades con el fin de llegar al 100% de la ejecución de las obras descritas en el acta de trabajos adicionales en mención.

"Las actividades a desarrollar con sus respectivos entregables se realizarán de conformidad a lo establecido en las especificaciones técnicas generales de materiales y de construcción para proyectos de infraestructura vial y de espacio público en Bogotá D.C. del Instituto de Desarrollo Urbano –IDU ET y las especiales propias que determine el diseñador, bajo revisión y aprobación de la interventoría."

Como se ve, en la ejecución de estas obras de mitigación las Partes siguieron el mismo esquema de precio global fijo sin fórmula de reajuste, el cual conlleva los deberes, obligaciones y riesgos en cabeza del Contratista a que ya se ha hecho referencia en este Laudo.

Para resolver este problema jurídico, el Tribunal deberá sopesar dos pruebas técnicas contradictorias entre sí. De un lado, el Dictamen Pericial Luna, que en soporte de las pretensiones de Odicco concluye que *"las causas principales del movimiento traslacional descendente que se presenta y afecta la estabilidad de parte del talud oriental del Sector 2 del proyecto"* ¹⁸⁴, son dos. En primer lugar, el *"régimen climático"*, pues *"se han presentado lluvias y en gran parte del tiempo del contrato, aguaceros superiores a los promedios que el IDEAM ha calculado (...) y ahora se incluye el 2018, el cual como es de público conocimiento, ha sido de particular duración de la temporada invernal en algunas zonas del país (...) Dadas las características climáticas de la zona del proyecto (...) las cuales se asemejan a las que imperan en las zonas de páramo, la humedad tanto en la superficie como en el subsuelo ha sido una influencia negativa permanente en el inicio de las obras (...)".*

En segundo lugar, las *"Rupturas en la tubería de 24" de acueducto Quindío-Juan Rey"*. Con relación a este punto, el perito Luna manifiesta que la tubería en cuestión *"pasa por*

¹⁸⁴ C. de Pruebas No. 3, dictamen pericial Luna, página 106.

el lote del futuro parque metropolitano, el cual se ubica al costado oriental del lote Arboleda Santa Teresita (...) El citado inmueble es propiedad de la Caja de Vivienda Popular (...)”¹⁸⁵. Manifiesta así mismo que “después de empedrado el talud oriental del Sector 2” se han presentado 13 rupturas de tubería entre noviembre de 2017 y junio de 2018 “lo cual (...) tiene relación directa con la reptación superficial que se presenta pues las fugas de esta tubería aportan a la excesiva hidratación de la ladera debida al régimen climático que se acaba de exponer. Adicional a los daños y a la pérdida de tiempo administrativo atendiendo al personal de la EAAB que se encarga de las reparaciones, también debe reacomodarse la tierra que se remueve en cada proceso de arreglo, lo cual es otro sobre costo no contemplado por el contratista Odicco Ltda., en el Otrosí No. 6”¹⁸⁶.

El Patrimonio Autónomo, por su parte, aportó dictamen pericial de contradicción rendido por el perito Adolfo Alarcón Guzmán (el “**Dictamen Pericial Alarcón**”) que frente a las dos hipótesis planteadas por el Dictamen Pericial Luna, opone lo siguiente: en primer lugar que las condiciones relativas al régimen climático “*eran previsibles, y debieron definirse en la caracterización hidrológica del sitio que debió hacerse en la etapa de diseño; inclusive, en esta etapa se debieron considerar las lluvias como factor detonante en los problemas de estabilidad y en los correspondientes análisis de capacidad de las cimentaciones (...) igualmente se debieron presentar recomendaciones para la ejecución de excavaciones y el manejo de la escorrentía superficial. (...) Dicha información no fue presentada ni referenciada en el dictamen por el perito*”.¹⁸⁷

En lo que tiene que ver con las rupturas del tubo del acueducto Quindío-Juan Rey, el Dictamen Pericial Alarcón concluye que “*Los argumentos dados por el perito son insuficientes dado que está compuesto por apreciaciones muy cualitativas, carentes de soportes técnicos o análisis técnicos de detalle. Para determinar el efecto de la ruptura de la tubería en la saturación del suelo, y en la reptación superficial, debe analizarse el proceso del flujo de agua que ha llegado al subsuelo por causa de la rotura de la tubería, y con esto, hacer el correspondiente análisis de sensibilidad para determinar el efecto sobre las propiedades geomecánicas del suelo y la estabilidad de las estructuras, ante la concurrencia del flujo generado por la tubería*”.

¹⁸⁵ C. de Pruebas No. 3, dictamen pericial Luna, página 108.

¹⁸⁶ C. de pruebas No. 3, dictamen pericial Luna, página 109.

¹⁸⁷ C. de pruebas no. 8, Dictamen Alarcón, página 14.

Analizados los dos dictámenes periciales enfrentados con relación a este problema jurídico, el Tribunal encuentra convincentes los argumentos del Dictamen Pericial Alarcón. En efecto, con relación a las condiciones climatológicas, aplican *mutatis mutandis* los argumentos expuestos en apartes anteriores de este Laudo, en el sentido que el Tribunal no encuentra demostrado que las lluvias en la zona del Proyecto, hubieren estado por encima de los promedios establecidos según los índices del IDEAM, ni que las mismas puedan ser tenidas como una circunstancia imprevisible que amerite que se reconozca al Contratista una suma adicional bajo un contrato celebrado conforme a la modalidad de precio global fijo, en esa zona. En otras palabras, si es que las obras que Odicco estima son adicionales, derivan de circunstancias climatológicas, el Tribunal no puede reconocerlas como obras no contempladas en el Otrosí No. 6, por cuanto era responsabilidad de Odicco, por una parte, prever esas circunstancias climatológicas al estimar las cantidades de obra y su precio por este concepto, y por otra, asumir los riesgos de las mismas, como ya se señaló.

En cuanto al rompimiento de las tuberías del acueducto Quindío-Juan Rey, el Tribunal no desconoce su ocurrencia en el periodo indicado en la demanda y en el Dictamen Pericial Luna, por cuanto no fue controvertida, pero echa de menos prueba alguna que acredite su impacto para efectos de la estabilidad del muro M-10, con lo cual ello no excusaría la responsabilidad del constructor por la estabilidad del muro construido, que por demás tiene demostrada su afectación según se comprobó, entre otros con el testimonio del señor Lukas Uribe citado por la Convocada, quien señaló:

“Sí, en el muro M10 presentó un fenómeno de desplazamiento, se desplazó 1 metro desde el eje que estaba inicialmente puesto, para eso se hicieron unas medidas, se implementaron unas medidas que era unos pilotes, no recuerdo en este momento cuánto era el número de pilotes pero sí, el constructor pues digamos que metió unos pilotes pero esos pilotes nunca recibimos por parte de la interventoría, un concepto o una recomendación hacia al contratante, es decir Odicco implementó unas medidas pero sin tener en cuenta o sin haber consultado al contratante.”

Así mismo, dado que para el Tribunal ha sido claro que las circunstancias climáticas resultaban previsibles, al admitir la Convocante que fueron ellas la causa de la afectación del Muro M-10, ello entraña una falta de previsión técnica de su parte, que habría incidido en la estabilidad del muro. Con la misma lógica, estando probado que las causas alegadas por la Convocante misma que generaron la inestabilidad del muro M-10 resultaban

previsibles, es preciso concluir que, si aun así el muro fue inestable, ello obedece a una conducta, por acción o por omisión del Contratista, ante lo cual las obras de reparación no pueden considerarse adicionales a lo contratado por cuanto quien contrata tiene el legítimo derecho a exigir una construcción útil y estable, y quien realiza la obra está obligado no solamente a lo que dice el contrato, sino a lo que naturalmente se desprende de él, como es la reparación a la que el Tribunal se viene refiriendo.

En virtud de lo expuesto en esta Sección, el Tribunal concederá las pretensiones cuadragésima séptima, quincuagésima y quincuagésima primera, esta última respecto de la cual el Tribunal, en uso de sus facultades de interpretación de la demanda, la acepta, no obstante haber sido presentada como consecuencial de otras que no prosperan.

De otro lado, el Tribunal negará la pretensión cuadragésima octava, únicamente en lo que tiene que ver con el muro M-10, por cuanto la calidad de los demás muros no fue debatida en el proceso. También negará la pretensión cuadragésima novena, la quincuagésima segunda, esta en cuanto las obras de estabilización del muro M-10 se entienden contempladas en el Otrosí No.6, y las quincuagésima tercera y quincuagésima cuarta en la medida en que no procede condena alguna. En consecuencia, teniendo en cuenta que no prosperan las pretensiones de condena, con apoyo en la jurisprudencia citada, no resulta necesario un pronunciamiento del Tribunal sobre las excepciones formuladas en este tema.

IV. CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Como se manifestó en precedencia, el Patrimonio Autónomo demandó en reconvención a Odicco, Convocante en este proceso. Para el efecto formuló las pretensiones principales y subsidiarias transcritas en otros apartes del presente Laudo. Con el fin de resolverlas, el Tribunal ha identificado los siguientes problemas jurídicos que guiarán su análisis en esta sección y sobre los cuales pasa a pronunciarse en el mismo orden que se señala:

- (i) *¿Incumplió Odicco con sus obligaciones en las Fases iniciales del Contrato de Obra porque proyectó un inexacto presupuesto de obra y porque realizó estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las condiciones reales de*

ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato^{188?}

- (ii) *¿Incumplió Odicco el Contrato al haber habido "demoras injustificadas para la expedición de licencias y permisos, exigidos por la normativa para la ejecución del Contrato"*^{189?}
- (iii) *¿Incumplió Odicco "los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3, y 4"*^{190?} *¿Dejó Odicco de dar "cumplimiento total a la obligación contenida en el artículo segundo del Contrato de Obra, toda vez que, a la fecha no ha cumplido con la totalidad de las obligaciones previstas en el Anexo Técnico y en el Pliego de Condiciones para las Fases 2, 3 y 4"*^{191?}
- (iv) *¿Incumplió Odicco con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de la Fase 5 del Contrato*^{192?}
- (v) *¿"Incumplió y violó el objeto contractual" Odicco al "pretender del Contratante rubros adicionales que desconocen la fórmula precio global fijo sin fórmula de reajuste"*^{193?}
- (vi) *¿Violentó Odicco los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales al guardar silencio respecto de sus reclamaciones económicas, en el momento de celebrar los Otrosíes No. 1, 2, 3, 4 y 5*^{194?}
- (vii) *¿Es aplicable la cláusula penal contemplada en los Pliegos de Condiciones*^{195?} *O, por el contrario, ¿es aplicable la contemplada en la Cláusula Décima Primera del Contrato*^{196?} *¿Tiene el Patrimonio Autónomo derecho a que se reconozca en su favor el pago de la cláusula penal que sea aplicable?*

¹⁸⁸ Pretensión 1 Principal y 1 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁸⁹ Pretensión 2 Principal y 2 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹⁰ Pretensión 3 Principal y 3 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹¹ Pretensión 4 Principal y 4 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹² Pretensión 5 Principal y 5 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹³ Pretensión 6 Principal y 6 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹⁴ Pretensión 7 Principal y 7 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹⁵ Pretensiones 8 y 9 Principales de la Demanda de Reconvención Reformada.

¹⁹⁶ Pretensiones 8 y 9 Subsidiarias de la Demanda de Reconvención Reformada.

(viii) ¿Es procedente condenar en costas a Odicco en favor del Patrimonio Autónomo?

Los anteriores problemas jurídicos se desarrollan a continuación.

- 1. ¿Incumplió Odicco con sus obligaciones en las Fases iniciales del Contrato de Obra porque proyectó un inexacto presupuesto de obra y porque realizó estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las condiciones reales de ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato”?**

1.1. Posición de la Demandante en Reconvención

En soporte de las pretensiones asociadas a este problema jurídico y que ya han sido transcritas, el Patrimonio Autónomo puso de presente en sus alegatos de conclusión dos circunstancias: por un lado, *"la muy baja la (sic) determinación de las cantidades de material común a excavar en condiciones de lluvias abundantes"*¹⁹⁷, y, por otro lado, *"no prever utilizar material mezclado con B-200 para terrazas y no estudiar con suficiencia las condiciones del terreno para la construcción del muro de contención M10."*¹⁹⁸

En cuanto a la primera de las circunstancias mencionadas, el Patrimonio Autónomo argumenta que al analizar las cantidades de obra incurridas por el Contratista en lo que tiene que ver con los movimientos de tierra de los sectores 1 y 2, en el Dictamen Pericial SIC rendido por el ingeniero Carlos Guillermo Barón Triana, se dijo que *"la única explicación para la gran diferencia que se presenta entre las cantidades de excavación presupuestadas y ejecutadas, es que exista un error en los cálculos realizados por ODICCO LTDA al momento de realizar el respectivo presupuesto"*¹⁹⁹, y agrega que, en el mismo dictamen, se concluyó que *"el presupuesto (...) en materia de excavación de material común para el sector 1 del proyecto no se calculó correctamente respecto de sus*

¹⁹⁷ Alegatos de conclusión del Patrimonio Autónomo, sin paginación.

¹⁹⁸ *Ibídem.*

¹⁹⁹ *Ibídem.*

*cantidades ya que estas presentan grandes diferencias con las cantidades realmente ejecutadas y proyectadas*²⁰⁰.

En cuanto a la segunda, argumenta el Patrimonio Autónomo que en el Dictamen Pericial elaborado por el ingeniero Alarcón Guzmán, se concluyó en punto de la actualización de los estudios de los riesgos por remoción en masa realizados al predio y de los factores analizados para la construcción del Muro M-10, que se llevó a cabo el análisis de cimentación del muro *"como un elemento aislado cuya carga resultante está aplica (sic) en el centro de gravedad del elemento lo cual no representa las condiciones reales del sitio y del muro"*²⁰¹.

Se agrega en el documento citado que *"en relación con las excavaciones con material clasificado tipo B-200", la Sociedad Colombiana de Ingenieros "considera que el contratista sí debió haber incluido la actividad de relleno con material de préstamo de excavación mezclado con B-200 dentro del presupuesto elaborado para cumplir con el objeto contractual"*²⁰², y que a su juicio *"es evidente que el contratista incurre en culpa por la falta de previsión sobre las características hidrológicas del sitio y las supuestas reiteradas fallas de la línea del acueducto Quindío – Juan Rey al momento de diseñar y construir el muro de contención M-10."*²⁰³

Conforme a lo anterior, concluye, *"la conducta consistente en la falta de previsión configura la culpa en lo que atañe al mal cálculo presupuestal formulado para ejecutar la obra."*²⁰⁴

1.2. Posición de la Demandada en Reconvención

Odicco se opone a la prosperidad de esta pretensión. Argumenta que *"presentó el presupuesto de obra de conformidad con la información contenida en los documentos establecidos en los Estudios Previos, Pliegos de Condiciones y Anexos al mismo realizados por el Patrimonio Autónomo, documentos dentro de los cuales no se expresó la necesidad de realizar (i) el diseño de la red y construcción de las redes de alcantarillado; (ii) muros*

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Ibidem.

*de contención; (iii) el excesivo movimiento de tierras del sector 1, ni (iv) el movimiento de tierras del sector 2 del Proyecto, de tal manera que lo que resultaba de esos documentos era que dichas actividades no forman parte del objeto contractual*²⁰⁵. Por ello, argumenta, *"el presupuesto inicial presentado por la sociedad Odicco de \$45.749.000.000 resulta a todas luces diferente del presupuesto a ejecutar en desarrollo del Contrato de Obra que asciende a \$53.602.465.076, dado que los documentos precontractuales no previeron la realización (sic) las obras de urbanismo mencionadas anteriormente, violando flagrantemente los principios de planeación y de buena fe, lo que conlleva una transgresión intrínseca al deber de información a cargo del Patrimonio Autónomo.*"²⁰⁶

Agrega que no es cierto que *"los estudios y diseños elaborados por Odicco (...) fueron deficientes (...) la misma Interventoría aprobó las Fases 2 y 3 del Proyecto que hacen referencia a los mencionados estudios y diseños del Contrato.*"²⁰⁷

En contra de esta pretensión, opone la *"Primera excepción: Incumplimiento del principio de planeación y del deber de información por parte del Patrimonio Autónomo"*²⁰⁸, que fundamenta, en síntesis, en que *"el Patrimonio Autónomo realizó el esquema financiero del Pliego de Condiciones teniendo en cuenta el "Estudio geotécnico de cimentaciones – Informe final V0. Arboleda Santa Teresita (...)" elaborado por la sociedad Geocing S.A.S., en el cual se estableció que la construcción de los muros de contención NO era necesaria para el desarrollo del Proyecto.*"²⁰⁹ Así mismo, que *"[b]asado en el anterior esquema financiero, el contenido de los Estudios Previos – estudio elaborado por Geocing S.A.S., Pliego de Condiciones y demás estudios complementarios, Odicco realizó la propuesta económica"*²¹⁰, pero que, en el curso de la ejecución del Proyecto *"la construcción de muros de contención se hizo parte inseparable de la obra contratada y en ese sentido, necesaria para ejecutarla y protegerla.*"²¹¹

²⁰⁵ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvencción Reformada, pág. 5.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvencción Reformada, págs. 43 y ss.

²⁰⁹ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvencción Reformada, pág. 45.

²¹⁰ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvencción Reformada, pág. 46.

²¹¹ *Ibidem*.

1.3. Consideraciones del Tribunal

El problema jurídico sobre el cual el Tribunal centra su atención en este punto ya fue analizado en otra sección de este Laudo, en la que el Tribunal se detuvo sobre las pretensiones de la Demanda Principal Reformada encaminadas a que se indemnizara a Odicco por haber incurrido en mayores cantidades de la actividad de *"excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1"*.

Como allí se expuso en extenso, el Tribunal decidió denegar esas pretensiones, al haber llegado a las siguientes conclusiones: (i) el Contrato fue pactado a suma global fija, lo cual implicaba que sobre Odicco recaía la carga de realizar una estimación adecuada tanto del presupuesto como de las cantidades de obra que habría de ejecutar; (ii) Odicco no demostró en qué consistió el supuesto incumplimiento del deber de planeación y del deber de información que achaca al Patrimonio Autónomo, entre otras razones, porque el estudio de Geocing sobre el que pretende soportar sus argumentos estableció expresamente que sus conclusiones no eran definitivas, y el Pliego de Condiciones estableció expresamente que los estudios de suelos suministrados por el Contratante serían solamente una referencia para efectos de la elaboración de la propuesta; (iii) el riesgo derivado de la estimación de las cantidades de excavación del sector 1 era un riesgo previsible y estaba contemplado en la Matriz de Riesgos que hizo parte de los documentos pre contractuales; (iv) recaía en Odicco el riesgo de presupuestar debidamente las obras de relleno de material; y (v) las falencias técnicas que llevaron a que se ejecutaran las excavaciones y el relleno de material en cantidades que no resultan aceptables para el Contratista obedecen al común denominador de que Odicco ejecutó deficientemente sus obligaciones de realizar estudios de suelos sobre los cuales habría de soportar sus cálculos y presupuestos.

La aplicación de las anteriores consideraciones y conclusiones respecto del presente problema jurídico, conduce a que el Tribunal establezca en este punto que, en efecto, quedó demostrado que Odicco proyectó un presupuesto inexacto de obra, lo cual llevó a las visibles consecuencias de realización de las mayores cantidades de obra sobre las cuales gira este punto de la disputa entre las Partes. En consecuencia, se tendrá por probada la pretensión primera de la demanda de reconvención, en su primera parte, esto es, en lo que tiene que ver con que Odicco *"proyectó un inexacto presupuesto de obra"*.

Resta entonces resolver la segunda parte de este problema jurídico, consistente en dilucidar si Odicco realizó *"estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las*

condiciones reales de ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato”.

Leído con detenimiento el tenor literal de esta parte de la pretensión en cuestión, el Tribunal no accederá a declarar lo que allí se solicita por cuanto no se encuentra probado que los estudios y diseños hayan sido deficientes y no hayan contemplado condiciones reales y tipos de materiales a utilizar respecto de *“cada una de las actividades del Contrato”*. En este punto son de recibo los argumentos de Odicco expuestos en sus alegatos de conclusión²¹², en el sentido de establecer que quedó demostrada la conformidad con los estudios y diseños presentados por el contratista.

Así por ejemplo, en Acta No 79 del Comité Directivo del Fideicomiso Fidubogotá S.A. Proyecto Construcción Vivienda Nueva de 30 de marzo de 2016²¹³, que la propia Demandante en Reconvención cita en el hecho 14 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, se dice que:

“4. Ahora bien, en relación a los hechos concretos que motivaron el adelantamiento del presente procedimiento de multa, relacionados con el incumplimiento en la entrega de la totalidad de los productos de la etapa de estudios y diseños por parte del Contratista de obra; acorde con lo informado por la interventoría en Comité Técnico del pasado 16 de marzo de 2016, los productos correspondientes a las fases de estudios y diseños fueron entregados por el Contratista, después de haber adelantado mesas de trabajo conjuntas, y se encuentran próximos a ser aprobados por la interventoría.”

Por otro lado, en el Acta de Reunión del Comité Técnico del Proyecto de 17 de julio de 2016²¹⁴ se dejó constancia de que *“[e]n cuanto a los productos de estudios y diseños que faltan, refieren que se encuentran firmados y aprobados”*. En el mismo sentido, fue aportada certificación de cumplimiento del Contrato de Interventoría²¹⁵ expedida el 19 de julio de 2016 por la CVP, que dice: *“la información remitida por la Interventoría (...) cumple con los parámetros del contrato [de Interventoría] para el tercer pago correspondiente a la finalización de la Fase III Diseños, del contrato objeto de Esta (sic) Interventoría”*. Si bien este es un documento que no se refiere directamente al Contrato objeto de esta disputa sí tiene incidencia en él, ya que esta prueba, puesta en el contexto

²¹² Alegatos de conclusión de Odicco, págs. 94 y ss.

²¹³ Prueba número 29 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

²¹⁴ Prueba número 51 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

²¹⁵ Prueba número 54 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

de las demás pruebas aportadas y practicadas, permite ver que no es cierto, en los términos en que está planteada la pretensión, que Odicco hubiese entregado estudios y diseños que no contemplaran condiciones reales y tipos de materiales respecto de *"cada una de las actividades del Contrato"*.

En virtud de lo expuesto en este apartado, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión 1 principal de la Reforma de la Demanda de Reconvención en el sentido que Odicco incumplió con sus obligaciones en las fases iniciales del Contrato porque proyectó un inexacto presupuesto de obra, y se deniega la pretensión en cuanto no quedó demostrado que Odicco *"realizó estudios y diseños deficientes, que no contemplaron las condiciones reales de ejecución y los tipos de materiales a utilizar en cada una de las actividades del Contrato"*. Igual pronunciamiento cabe respecto de la pretensión primera subsidiaria. Por otra parte, se denegará la excepción de mérito de Odicco titulada *"Primera excepción: Incumplimiento del principio de planeación y del deber de información por parte del Patrimonio Autónomo"*.

2. ¿Incumplió Odicco el Contrato al haber *"demoras injustificadas para la expedición de licencias y permisos, exigidos por la normativa para la ejecución del Contrato"*²¹⁶?

2.1. Posición de la Demandante en Reconvención

El Patrimonio Autónomo argumenta que conforme al Otrosí No. 1, la etapa de preliminares, estudios y licencias debía estar concluida aproximadamente en la tercera semana de enero de 2016, sin embargo, el plazo para la entrega de las Fases 1, 2, 3, y 4, venció sin que se hubieran realizado las entregas establecidas en el Pliego de Condiciones²¹⁷.

Así mismo, menciona el Patrimonio Autónomo que el 30 de marzo de 2016 el Comité Directivo del Fideicomiso Fidubogotá S.A. Proyecto Construcción Vivienda Nueva se reunió con el fin de discutir la imposición o no de una multa al Contratista, a solicitud de la Interventoría, y que en el marco de esa reunión se decidió no imponer la multa en cuestión

²¹⁶ Pretensión 2 Principal y 2 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

²¹⁷ Demanda de Reconvención Reformada, pág. 10.

bajo los argumentos que se exponen en detalle en esa comunicación, que consisten, en síntesis, en que se consideró que el término de obtención de la licencia de construcción dependía de un tercero, la Curaduría Urbana No. 2, *"razón por la cual los tiempos de decisión no son atribuibles a ninguna de las partes"*²¹⁸.

El Patrimonio Autónomo argumenta que, no obstante lo anterior, y pese a que el 5 de mayo de 2016 las Partes celebraron el Otrosí No. 2, el Artículo 1.2. del Pliego de Condiciones establece que el Contratista *"es responsable de la obtención de la licencia de construcción y modificación de la licencia de urbanismo vigente (...) así como aquellas que se requieran para la ejecución del proyecto y cualquier demora en la expedición de las mismas, será responsabilidad exclusiva del contratista"*, por lo que, a su juicio *"el Contratista aceptó y asumió diferentes obligaciones de resultado (por ejemplo, la expedición de la licencia de construcción y el permiso del Incanh)"* o, incluso -según afirma- *"una obligación de garantía (...) garantizando la actuación de un tercero (en este caso la actuación del tercero no podría recibirse ni siquiera como causal de exoneración)"*²¹⁹.

Con base en lo anterior, el Patrimonio Autónomo afirma que *"se encuentra una contradicción entre lo manifestado en el Acta 79 del Comité Directivo (...) con lo dispuesto en el Contrato (...) "*²²⁰, que a su juicio, *"queda saldada con la aplicación del parágrafo 2 del artículo primero del contrato de obra"*²²¹. Por último, manifiesta que la licencia de construcción quedó en firme el 2 de septiembre de 2016.

En sus alegatos de conclusión, además de insistir en la anterior argumentación, el Patrimonio Autónomo adujo que el permiso del ICAHN era necesario, y que *"solo hasta diciembre del 2016 Odicco gestionó el permiso tal como se evidencia de la prueba documental oficio No. 5882 enviado a la Caja de Vivienda Popular"*²²².

2.2. Posición de la Demandada en Reconvención

Odicco se opone a la prosperidad de esta pretensión bajo el argumento de que *"no incurrió en demoras injustificadas al momento (sic) obtener las licencias y permisos exigidos para*

²¹⁸ Demanda de Reconvención Reformada, págs. 10-11.

²¹⁹ Demanda de Reconvención Reformada, págs. 11 y 12.

²²⁰ Demanda de Reconvención Reformada, págs. 13.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Alegatos de conclusión del Patrimonio Autónomo, sin paginación.

la Fase 4 del Proyecto". Plantea que "Por el contrario, desde el 14 de diciembre de 2015 Odicco exteriorizó su diligencia presentando la solicitud de licencia de construcción para el Proyecto, cuyo trámite y expedición dependía únicamente de la voluntad de un tercero"²²³. Adicionalmente, afirma que la obtención de licencias y permisos es una obligación de medio y no de resultado "pues es evidente que el plazo para la obtención de licencias depende exclusivamente del hecho de un tercero o no (sic) vinculado al contratista."²²⁴

Odicco interpuso la "Sexta excepción: Inexistencia de incumplimiento de la obligación de trámite y obtención de las licencias urbanísticas, pues es de medio y no de resultado que se agota con la presentación de la solicitud de licencia ante la Curaduría Urbana y con el seguimiento del trámite, y porque el Contratante asumió el riesgo de la demora en el trámite de licencias".

Para fundamentar esta excepción, Odicco argumentó, en síntesis, que la obligación de expedición de una licencia de construcción dentro de un plazo específico "se convierte en una exigencia de imposible cumplimiento, pues los plazos para la expedición de la licencia de construcción, a pesar de tener unos máximos legales, realmente dependen exclusivamente de la decisión autónoma de un tercero como la Curaduría Urbana No. 2"²²⁵

Así mismo afirma que Odicco fue diligente en el adelantamiento de todos los trámites, al punto que finalmente el 11 de julio de 2016 se expidió la Licencia de Construcción que quedó en firme el 2 de septiembre de 2018, y trae a colación el Acta de Comité No. 79, a la que se hizo referencia atrás.

Por otro lado, llama la atención Odicco en el sentido de que en la Matriz de Riesgos que hizo parte de la fase precontractual se tipificó el riesgo de "demora en los trámites y tiempos para el otorgamiento de licencias", totalmente en cabeza de la CVP²²⁶.

Odicco también interpuso la "Octava excepción: Inexistencia de incumplimiento de la exigencia de la prospección arqueológica por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH por violación de los deberes de planeación a cargo del

²²³ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 6.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 60.

²²⁶ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 62.

Patrimonio Autónomo y buena fe de Odicco en cuanto a la necesidad de esos documentos”.

Con relación a esta excepción, Odicco argumenta que el Patrimonio Autónomo incumplió con el deber de planeación y *"en ningún aparte de los documentos precontractuales (...) ni en el Contrato de Obra especificó que era necesario realizar el estudio de arqueología para el proyecto requerido y, por el contrario, en el documento "ficha de análisis normativo" como parte de los Estudios Previos indicó que no se requería programa de patrimonio, es decir, aprobación de prospección arqueológica por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH"*²²⁷.

Agrega que el Patrimonio Autónomo y la CVP entregaron a Odicco Licencia de Urbanismo para el Proyecto en virtud de lo dispuesto en el literal b) del Artículo 2 de la Ley 1537 de 2012 y que allí tampoco se estableció la necesidad de realizar el estudio de arqueología para el Proyecto²²⁸.

2.3 Posición del Agente del Ministerio Público

En su concepto final, el Agente del Ministerio Público, al referirse a este tema consideró que en el proceso se demostró que el Contratista tenía una obligación de resultado respecto de la obtención de las diferentes licencias requeridas para el proyecto y que tanto la Licencia de Construcción como la aprobación de la Prospección Arqueológica y el Plan de Manejo Ambiental del Icahn se obtuvieron por fuera de los plazos estipulados en el contrato.

2.4 Consideraciones del Tribunal

Conforme a lo recapitulado, se observa que para resolver este problema jurídico, el Tribunal habrá de determinar, por una parte, si Odicco incumplió con sus obligaciones al haber sido la licencia de construcción expedida por fuera de los plazos establecidos en el Contrato, y, por otra parte, si incumplió el Contrato al no haber tramitado oportunamente el estudio de arqueología para el Proyecto ante el ICANH.

²²⁷ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 67.

²²⁸ Ibídem.

Con relación al primero de los puntos mencionados, el Tribunal considera, como se expresa también en otros apartes de este Laudo, que la obligación de obtención de las licencias y permisos es de medio, y no de resultado, dado que obligarse a algo que depende de un tercero constituye una obligación de objeto imposible. Esta conclusión debe reiterarse en la presente sección, y será uno de los argumentos que llevarán a que se deniegue la pretensión.

El Tribunal no pierde de vista que, tal y como lo pone de presente el Patrimonio Autónomo, el Pliego de Condiciones establece que *"El contratista es el responsable de la obtención de la licencia de construcción y modificación de la licencia de urbanismo..., así como aquellas que se requieran para la ejecución del proyecto y cualquier demora en la expedición de las mismas, será responsabilidad exclusiva del contratista..."*²²⁹. No obstante, de la alusión a esta obligación en este documento precontractual, no puede inferirse que en efecto las Partes hayan convenido que esta obligación sea de resultado.

En efecto, existen, entre otras, dos pruebas aportadas al expediente que permiten llegar a la anterior conclusión. Primero, el Contrato, en cuyo texto no solamente no se aprecia que se haya incorporado el término precontractual al que se hizo alusión en el párrafo anterior, sino que se establecieron dos obligaciones a cargo del Contratista que a juicio del Tribunal denotan, sin lugar a equívocos, el entendimiento entre las Partes de que esta obligación era de medio y no de resultado. Por una parte, la contemplada en el numeral 6 de la Cláusula Cuarta, en los siguientes términos:

"El contratista deberá radicar ante las entidades del distrito capital y las empresas de servicio las solicitudes, consulta, conceptos o aprobaciones necesarias para los estudios y diseños, en un plazo máximo de quince (15) días contado a partir del Acta de Iniciación".

Por otra parte, la contemplada en el numeral 7 de la misma cláusula, que establece:

"De acuerdo con el alcance de los Estudios y Diseños, el Contratista es responsable del seguimiento de los trámites que se radiquen ante las entidades del distrito capital y empresas de servicios públicos, hasta obtener su concepto

²²⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 19.

o aprobación, el cual hará parte de los productos a entregar como resultado de la consultoría."

De considerar que la obligación de la expedición de la licencia era de resultado, estas dos provisiones contractuales tendrían poco sentido, en cuanto si es que ese fuera el caso, para el Contratante sería indiferente cuándo el Contratista realice la solicitud correspondiente o que hiciese seguimiento de la misma; lo que sería relevante, sería - como inicialmente se contempló en el Pliego de Condiciones, pero se dejó de lado en la celebración puntual del Contrato—que se obtuviese la licencia, sin consideración adicional alguna, en una fecha determinada. Conforme al Contrato, se concluye que este no es el caso.

Adicionalmente, la conducta de las Partes permite ver, también sin lugar a equívocos, que su entendimiento era que, en efecto, la obligación en cuestión era de medio y no de resultado. Sobre el particular es relevante el Acta No. 79 del Comité Directivo del Fideicomiso Fidubogotá S.A. Proyecto Construcción Vivienda Nueva de 30 de marzo de 2016²³⁰, que, como se dijo, la propia Demandante en Reconvención cita en el hecho 14 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, en la que se dejó la siguiente constancia:

"2. El término de la obtención de la licencia de Construcción depende de un tercero en este caso la Curaduría Urbana No. 2, razón por la cual los tiempos de decisión no son atribuibles a ninguna de las partes."

Más aún, en la misma Acta consta cómo los miembros del Comité aprobaron por unanimidad celebrar un otrosí al Contrato *"en el sentido de cambiar las fases del contrato e incluir las actividades de urbanismo, con el fin de contrarrestar la contingencia de no contar a la fecha con Licencia de Construcción debidamente ejecutoriada, lo cual es un hecho no atribuible a las partes"*²³¹: el otrosí allí autorizado, es, en efecto, el Otrosí No. 2.

Adicionalmente, en cuanto al argumento ya referido más arriba, esgrimido por el Patrimonio Autónomo, en el sentido que *"...se encuentra una contradicción entre lo manifestado en el Acta 79 del Comité Directivo (...) con lo dispuesto en el Contrato (...)"*²³²,

²³⁰ Prueba número 29 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

²³¹ *Ibidem*.

²³² Demanda de Reconvención Reformada, págs. 13.

que, a su juicio, *"queda saldada con la aplicación del parágrafo 2 del artículo primero del contrato de obra"*²³³, el Tribunal observa que lo que hay allí es más bien una evidente contradicción de la propia Convocada. En efecto, el Patrimonio Autónomo está pretendiendo darle prevalencia a lo contemplado en el Pliego (es decir, la obligación de resultado), frente al texto del contrato mismo que se refiere a las obligaciones de radicación y seguimiento a los trámites de licencia ante las autoridades correspondientes, omitiéndose en el texto contractual, como ya se mencionó, toda referencia a la pretendida obligación de lograr el resultado de la obtención de las licencias que, desde luego, sería contradictoria con las de radicación y seguimiento como ha quedado anotado. Siendo ello así, y habiendo una disposición explícita, traída a colación por la misma Convocada, en el sentido de que en caso de contradicción entre el texto del Contrato y el de otros documentos (que incluyen el Pliego) prevalecerá el Contrato²³⁴, no se entiende cómo pretende ahora hacer prevalecer lo contemplado en el Pliego y no lo establecido en el Contrato. Todo lo anterior conduce a concluir que la obligación de que se expidieran las licencias y permisos era de medio y no, como lo afirma el Patrimonio Autónomo, de resultado. Dilucidado lo anterior, corresponde entonces analizar si Odicco cumplió con esta obligación de medio, a lo cual, conforme con las mismas pruebas que ya se han venido citando, la respuesta es afirmativa.

Como se vio, de conformidad con el numeral 6 del numeral 4.1 de la Cláusula Cuarta del Contrato, Odicco debía radicar *"las solicitudes, consulta, conceptos o aprobaciones necesarias para los estudios y diseños, en un plazo máximo de quince (15) días contado a partir del Acta de Iniciación"*. El Acta de Inicio fue suscrita el 30 de septiembre de 2015²³⁵. Con base en lo anterior, en estricto sentido, Odicco habría tenido hasta el 15 de octubre de 2015 para presentar la solicitud de licencia de construcción; sin embargo, tal y como consta en las pruebas que fueron aportadas junto con la Reforma de la Demanda, lo hizo el 14 de diciembre de 2015²³⁶.

Aun cuando lo anterior implicaría un retraso en la presentación de la solicitud, habrá de denegarse la pretensión en lo que tiene que ver con este punto en particular, por cuanto, conforme con lo dicho en el Acta No. 79 del Comité Directivo del Fideicomiso a la que se

²³³ Ibídem.

²³⁴ Parágrafo 2 de la Cláusula Segunda del Contrato.

²³⁵ Prueba número 8 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

²³⁶ Prueba número 46 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

ha venido haciendo referencia²³⁷, este habría sido un incumplimiento no solo tolerado sino, más aún, convalidado explícitamente por el Patrimonio Autónomo. Sobre este punto, puede leerse en el Acta en cuestión lo siguiente:

"3. Pese a que el contratista de obra se tomó un término mayor al establecido, en presentar la totalidad de los productos de la fase de estudio (Fase 2) y diseños (Fase 3), la solicitud de licencia de construcción fue radicada ajustándose a los tiempos contractuales, sin embargo al no contar con la expedición de la licencia, la demora del contratista no está causando detrimento alguno a los intereses de la entidad puesto que la licencia de construcción es requisito para continuar con la ejecución de la fase 5."

Lo anterior, aunado a la celebración del Otrosí No. 2, lleva a concluir que a pesar de que la solicitud de licencia de construcción fue presentada excediendo los 15 días inicialmente previstos para el efecto, el Patrimonio Autónomo dio su aquiescencia para tener por presentada la solicitud de licencia de construcción *"ajustándose a los tiempos contractuales"*, y por consiguiente, esta desavenencia, si la hubo, fue luego anulada en forma explícita por la parte que hubiera podido alegarla, es decir, no por una tolerancia silenciosa que pudiese interpretarse como omisión, sino por una acción positiva de su parte, y no tiene además la envergadura suficiente de configurar un incumplimiento contractual generador de perjuicios, en la medida en que para la fecha de obtención de la licencia no podían iniciarse aún las labores de construcción, conforme a lo que más adelante se explica.

Por último, en este punto el Patrimonio Autónomo no demostró que Odicco hubiese sido negligente en el seguimiento del trámite para la expedición de la licencia, y en consecuencia, se concluye que tampoco puede considerarse que Odicco haya podido incurrir en incumplimientos respecto de esta obligación de medio. En virtud de lo expuesto, se denegará la pretensión en lo que tiene que ver con el primero de los puntos planteados, esto es, el supuesto incumplimiento por las demoras en la expedición de la Licencia de Construcción.

Para abordar la segunda cuestión que compone este problema jurídico, esto es, el presunto incumplimiento de Odicco por no haber tramitado oportunamente el estudio de

²³⁷ Prueba número 29 aportada en medio magnético junto con la Reforma de la Demanda Principal.

arqueología para el Proyecto ante el ICANH, debe referirse que en otra sección del presente laudo, al analizar las pretensiones de la Demanda Principal Reformada sobre la entrega tardía del predio donde habría de construirse el Proyecto, el Tribunal concluye que la oportunidad para solicitar la aprobación del ICANH no puede ser la misma que la requerida para radicar la solicitud de licencia de construcción, dado que la primera requería la realización de un estudio arqueológico que es precisamente lo que se somete a la aprobación del ICANH, lo cual supone contratar a un profesional en la materia y que éste luego haga el estudio y rinda su concepto, lo que difícilmente puede lograrse en el referido plazo de quince días. Así mismo, consta en el expediente que la documentación requerida para obtener esta aprobación fue completada y presentada unos meses antes de la firmeza de la licencia de construcción, ante lo cual el Tribunal entiende que no puede endilgarse un actuar dilatorio por parte del contratista constructor.

En virtud de lo expuesto en este apartado, se denegarán las pretensiones 2 principal y 2 subsidiaria de la Reforma de la Demanda de Reconvencción y en tal medida no resulta necesario analizar las excepciones sexta y octava de la contestación de la demanda de reconvencción, siguiendo los parámetros ya expuestos en este Laudo.

3. ¿Incumplió Odicco "los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3, y 4"²³⁸? ¿Dejó Odicco de dar "cumplimiento total a la obligación contenida en el artículo segundo del Contrato de Obra, toda vez que, a la fecha no ha cumplido con la totalidad de las obligaciones previstas en el Anexo Técnico y en el Pliego de Condiciones para las Fases 2, 3 y 4"²³⁹?

3.1. Posición de la Demandante en Reconvencción

El Patrimonio Autónomo sintetizó en sus alegatos de conclusión los argumentos sobre los cuales erige estas pretensiones. En resumen, alega que Odicco *"no cumplió con los plazos pactados en el contrato para la ejecución de las fases 1, 2, 3 y 4, toda vez que, a pesar de que en la cláusula segunda del contrato de obra se pactó que dichas etapas tendrían*

²³⁸ Pretensión 3 Principal y 3 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvencción Reformada.

²³⁹ Pretensión 4 Principal y 4 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvencción Reformada.

*una duración de 15 semanas, a la fecha de interposición de la demanda de reconvencción aún no se habían ejecutado o se ejecutaron de manera incompleta las obras concernientes a las fases 3 y 4 del Contrato de Obra.*²⁴⁰

En la misma actuación procesal, el Patrimonio Autónomo hizo referencia al Oficio 2017EE14543 de 2 de octubre de 2017 de la CVP en el que la entidad hizo diferentes observaciones respecto de las actividades correspondientes a estas fases, a saber, *"diseño de iluminación", "iluminación de emergencia", "iluminación interior", "cableado LS", "detección de incendio", "cuadro de notas", "detalles del control de iluminación", "salidas de tomacorrientes", "acometida para la bomba de incendio", "diseño de red contra incendio y sus obras civiles necesarias para implementar el sistema" y "memorias de cálculo y especificaciones técnicas".*

Finalmente, el Patrimonio Autónomo afirma que *"[n]o obstante fue aprobado el pago parcial de las etapas 1, 2, 3 y 4 por parte de la Caja de Vivienda Popular, pago que fue en efecto desembolsado al contratista, es importante destacar que en los diversos otrosíes suscritos entre las partes, se realizó la correspondiente salvedad"*, y hace expresa referencia al texto de los Otrosíes No. 8²⁴¹ y 9²⁴².

3.2. Posición de la Convocada en Reconvencción

La parte Convocada en reconvencción se opuso a la prosperidad de esta pretensión. Alegó que *"Odicco cumplió a cabalidad con la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Contrato de Obra dentro del plazo para la ejecución contractual, esto es, 15 semanas (3.75 meses)"*²⁴³. *"De una parte, - manifestó - las Fases 1, 2 y 3 fueron entregadas por Odicco a la Interventoría desde el 16 de marzo de 2016, después de haber realizado mesas de trabajo*

²⁴⁰ Alegatos de conclusión del Patrimonio Autónomo, sin paginación.

²⁴¹ "Parágrafo: La prórroga del contrato de obra que se realiza a través del presente otrosí, no implica de manera alguna exoneración de la responsabilidad contractual que le sea atribuible al contratista por concepto de incumplimientos que se hubiesen generado o generen durante todo el desarrollo del contrato de obra, independientemente de que se encuentren o no en discusión en el proceso arbitral que actualmente cursa en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. ".

²⁴² "La modificación de la forma de pago de las fases 1, 2, 3 y 4 que se efectúa a través del presente otrosí, no implica renuncia a los derechos que contractualmente le corresponden a EL CONTRATANTE para sancionar los incumplimientos que en esta específica materia haya incurrido EL CONTRATISTA, así como tampoco renuncia a las pretensiones formuladas sobre el particular en la demanda de reconvencción presentada dentro del proceso arbitral que a la fecha cursa, ni constituye o tiene por efecto una exoneración de responsabilidad de EL CONTRATISTA, ni la purga de la mora por parte de este."

²⁴³ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvencción Reformada, pág. 6.

conjuntas para superar los desentendimientos entre las partes sobre cuál era el alcance de los documentos y lo que podría exigir la Interventoría. El retraso fue generado no solo por el estudio minucioso y elaboración de los diseños pertinentes para la ejecución del Proyecto, los cuales se basaron en la información suministrada por la CVP – numeral 1.2 del Pliego de Condiciones -, sino por las insistentes observaciones de forma que impedían avanzar el proceso.²⁴⁴

En cuanto a la Fase 4, argumenta que *"no puede exigirse el plazo de 3.75 meses (15 semanas) para la obtención de licencias, puesto que la misma es una obligación de medio y no de resultado que depende única y exclusivamente de la voluntad de un tercero."*²⁴⁵

Por último, Odicco resalta que el Patrimonio Autónomo *"ordenó y realizó el pago de las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto sin que se hiciera manifestación alguna sobre la supuesta entrega tardía, lo cual implica que resultó recibiendo la obligación de manera pura y simple, esto es, sin objeción u oposición alguna, de tal manera que mal puede afirmarse que existió una entrega tardía o una entrega que no diera satisfacción a la prestación."*²⁴⁶

Con base en las consideraciones esbozadas atrás, Odicco interpuso las excepciones tituladas: (i) *"Cuarta excepción: Excepción de Contrato no cumplido por falta de cumplimiento de la obligación de pago por parte del Patrimonio Autónomo por no pagar en su totalidad los productos recibidos"*; (ii) *"Quinta excepción: inexistencia de incumplimiento de la obligación en cabeza de Odicco de ejecutar las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto, pues los productos fueron entregados oportunamente, recibidos por la Interventoría y pagados por el Patrimonio Autónomo"*; y (iii) *"Séptima excepción: Violación del acto propio. El Patrimonio Autónomo y la CVP aprobaron los productos correspondientes a las Fases 1, 2, 3 y 4, y procedieron a hacer el correspondiente pago, sin reservas, observaciones o salvedades"*.

A los argumentos sintetizados atrás, agregó Odicco que *"para realizar el pago de las Fases 1, 2, 3, y 4 a Odicco, éstas debían ser certificadas y aprobadas por la Interventoría y con el VºB (sic) del supervisor designado por parte de la CVP -que no lo realizó por el (sic) simple capricho (...)"*²⁴⁷ y que *"el 18 de julio de 2016, la Interventoría certificó el cumplimiento de las Fases 1, 2, 3, y 4"*²⁴⁸. No obstante, dice que *"solo hasta el 5 de*

²⁴⁴ Ibídem.

²⁴⁵ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 7.

²⁴⁶ Ibídem.

²⁴⁷ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 54.

²⁴⁸ Ibídem.

marzo de 2018 el Patrimonio Autónomo canceló el valor de \$1.329.000.000 correspondiente al 85% de las mencionadas fases.” Finalmente, concluye Odicco que hubo un incumplimiento contractual por parte del Patrimonio Autónomo al no pagar las sumas correspondientes a estas fases, “dicho incumplimiento -afirma- no es definitivo pero si (sic) constituye un elemento estructural y fundamente (sic) para que Odicco se sustraiga del cumplimiento de la obligación debida, esto es, las actividades de la Fase 5 del Proyecto (...)”²⁴⁹.

Por último, en lo que tiene que ver con su alegación de que el Patrimonio Autónomo estaría actuando en violación de sus propios actos, argumentó que *“no parece posible aceptar que el Patrimonio Autónomo apruebe los documentos correspondientes a las Fases 1, 2, 3 y 4 y que, a la vez proceda a hacer los pagos sin dejar reservas, manifestaciones o salvedades, para luego venir a decir que existe un incumplimiento, pues la segunda conducta contradice la primera y, por lo mismo, resulta inaceptable. Así, si hubiera considerado que existe una conducta reprochable de parte del demandado, ello tiene solución en una aprobación y pago con salvedades, lo cual no ocurrió, impidiendo con ello que pueda prosperar la pretensión de incumplimiento.”*²⁵⁰

3.3. Posición del Agente del Ministerio Público

En el concepto final rendido en este proceso el Agente del Ministerio Público se refirió a los plazos para la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4 y señaló que el contratista no cumplió totalmente con tales obligaciones en los plazos establecidos en el contrato.

3.4 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal ya ha analizado en extenso este problema jurídico desde la perspectiva de las pretensiones de la Demanda Principal Reformada, concluyendo: (i) que Odicco no demostró haber cumplido con las condiciones contractualmente pactadas para hacerse al pago del valor correspondiente a las Fases 1, 2, 3 y 4, principalmente en función de varios faltantes que quedaron, según se ilustra más arriba en este laudo con diferentes piezas probatorias, destacándose como una de las primeras manifestaciones de ello, la

²⁴⁹ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 55.

²⁵⁰ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 65.

comunicación de 20 de septiembre de 2016²⁵¹, en la que la Interventoría reitera a Odicco que *"Aunque ya se realizó un acta de Cierre de la fase de estudios y diseños, esta quedo (sic) condicionada a subsanar unos compromisos y faltantes, que aún no se han subsanado en su totalidad."*; (ii) que las Partes celebraron el Otrosí No. 9 con el fin de modificar la forma de pago estipulada bajo el Contrato para que el Patrimonio Autónomo hiciera un pago correspondiente al 85% del valor total de las Fases 1, 2, 3 y 4; (iii) que Odicco recibió del Patrimonio Autónomo el pago estipulado bajo el Otrosí No. 9; y (iv) que Odicco no demostró la efectiva culminación de las labores que se registraron como pendientes en distintos documentos, ni el cumplimiento de la condición contemplada en el Otrosí No. 9 para el pago del restante 15% de estas fases, esto es, la aprobación por parte de la EAAB de los diseños del emisario de descarga final pluvial y sanitario del proyecto de vivienda, la aprobación del trámite que se debe adelantar ante el IDU, y el visto bueno del supervisor designado por la CVP lo cual, si bien no supone un incumplimiento total por parte de Odicco en relación con las labores encomendadas para las Fases 1, 2, 3 y 4, sí significa que no se cumplió en su momento al 100% con todo lo requerido bajo tales fases para obtener los pagos correspondientes.

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal accederá a la pretensión tercera principal de la Reforma de la Demanda de Reconvención, ya que encuentra demostrado que, en efecto, Odicco incumplió con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4. Hecha esta declaración no resulta necesario un pronunciamiento sobre la pretensión tercera subsidiaria. En cuanto a la pretensión cuarta no se encuentra demostrado que, en concreto, para la fecha misma de presentación de la Demanda de Reconvención (15 de agosto de 2018), Odicco no había cumplido con la totalidad de las obligaciones correspondientes a las Fases 2, 3 y 4, con lo cual la misma no prospera e igual pronunciamiento se formula respecto de la pretensión cuarta subsidiaria

Las excepciones de Odicco en contra de esta pretensión resultan infundadas por cuanto: (i) fue probado que el Patrimonio Autónomo no se abstuvo injustificadamente de hacer el pago correspondiente a estas Fases, sino que, por el contrario, Odicco no cumplió con las condiciones contractuales para que se realizara; (ii) no es posible afirmar la inexistencia de incumplimiento de Odicco respecto de las fases 1, 2, 3 y 4 del proyecto, ya que se encuentran probados varios retrasos de su parte, sin que ello implique el incumplimiento

²⁵¹ C. de Pruebas No. 1, Folio 239.

total de las mismas. y (iii) el Patrimonio Autónomo no está actuando en contra de sus propios actos, ya que dejó establecidas salvedades en los Otrosíes No. 8 y 9 que legitiman esta pretensión de su demanda de reconvención, y porque además, el contrato mismo otorga la facultad de reclamar de manera posterior.

En virtud de lo expuesto se denegarán, en cuanto a este punto, las siguientes excepciones de la parte Convocante: (i) *"Quinta excepción: inexistencia de incumplimiento de la obligación en cabeza de Odicco de ejecutar las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto, pues los productos fueron entregados oportunamente, recibidos por la Interventoría y pagados por el Patrimonio Autónomo"*; y (ii) *"Séptima excepción: Violación del acto propio. El Patrimonio Autónomo y la CVP aprobaron los productos correspondientes a las Fases 1, 2, 3 y 4 y procedieron a hacer el correspondiente pago, sin reservas, observaciones o salvedades"*.

4. ¿Incumplió Odicco con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de la Fase 5 del mismo?²⁵²

4.1. Posición de la Demandante en Reconvención

El Patrimonio Autónomo sustentó en sus alegatos de conclusión los argumentos sobre los cuales presenta esta pretensión. En primer lugar, enfatizó que la suscripción de Otrosíes modificando el plazo *"no constituyen la purga de la mora por el incumplimiento"*²⁵³. En particular, citó los Otrosíes 6, 7, 8, 10, 11 y 12, luego de lo cual afirmó: *"En definitiva, debe recordarse que el plazo constituye una modalidad para el cumplimiento de la prestación, mas no, como erróneamente lo interpreta la Convocada en reconvención, un elemento insustancial para el cumplimiento de la función económica del contrato o para el resultado final del mismo. Nada dista más del plazo como modalidad de las obligaciones que considerar que el mismo no es sustancial para el cumplimiento si precisamente la modalidad del plazo constituye el elemento determinante para la exigibilidad de la prestación cuyo corolario es el comportamiento del deudor en cumplimiento de la relación obligatoria. En otros términos, el plazo sujeta la exigibilidad de la prestación y por lo tanto la obligación del deudor de cumplir lo estipulado en el contrato como ley que es para las partes (artículo 1602 del Código Civil)."*²⁵⁴ Concluye su argumento diciendo que *"no puede*

²⁵² Pretensión 5 Principal y 5 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada

²⁵³ Alegatos de conclusión del Patrimonio Autónomo, sin paginación.

²⁵⁴ *Ibidem*.

*alegarse la subsanación del incumplimiento por la aceptación de las entregas parciales por parte del Patrimonio Autónomo, toda vez que dicho acto únicamente tiene como efecto el de suspender los efectos de la mora hasta el día en que se cumplió con la obligación incumplida mas no desconocer que, en efecto, el contratista incumplió con la obligación sujeta a plazo.*²⁵⁵

4.2. Posición de la Demandada en Reconvención

Odicco se opuso a la prosperidad de esta pretensión bajo el argumento de que *"el plazo de ejecución de la Fase 5 "Construcción" del Proyecto ha sido modificada constantemente durante la ejecución del Contrato de Obra, siendo el último plazo de entrega el 15 de noviembre de 2018, de conformidad con lo estipulado en el Otrosí No. 11.*^{256,257}

Agrega que la pretensión desconoce *"hechos atribuibles al Patrimonio Autónomo y la CVP respecto de los pagos tardíos realizados a la sociedad Odicco, a pesar de ser aprobados por parte de la misma Interventoría y también – y de manera muy especial – la entrega tardía del Sector 1 del Proyecto"*.²⁵⁸

Agrega que *"en las Acta de Comité de Obra No. 100 a 109 aportadas por el Patrimonio Autónomo, se puede evidenciar que el avance de la Fase 5 del Proyecto se ha retrasado por hechos no imputables al Contratista, tales como la lluvia permanente en el Sector 1 del Proyecto."*

Odicco invocó la denominada *"Tercera excepción: Inexistencia de incumplimiento de la Fase 5 porque el Patrimonio Autónomo aceptó las entregas parciales de obra del Proyecto"*, que sustenta en las consideraciones anteriores y en que, en síntesis *"el hecho que el Patrimonio Autónomo haya decidido soportar el retraso y prorrogar el plazo de la Fase No. 5 mediante los Otrosíes No. 4, 8 y 11, subsana el incumplimiento del plazo contractuales (sic) que, dicho sea de paso, atendiendo a la función económica implícita*

²⁵⁵ Ibídem.

²⁵⁶ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 8.

²⁵⁷ El Tribunal aprecia que para la fecha en que se presentó la Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, aún no había sido celebrado el Otrosí No. 12 que extendió el plazo del Contrato una vez más.

²⁵⁸ Ibídem.

del mismo no es esencial para su cumplimiento, claro está, atendiendo a la razonabilidad misma de las reglas de tiempo dispuestas para ello²⁵⁹".

4.3. Consideraciones del Tribunal

En apartes precedentes se recapituló cómo el Contrato ha sido objeto de múltiples modificaciones, tanto en su objeto como en su plazo, siendo la última de esas modificaciones el Otrosí No. 12 de 28 de diciembre de 2018, que prorroga la fase 5 de construcción por ocho meses, contados a partir del 1 de diciembre de 2018.

Como también se ha concluido, las modificaciones en el plazo de ejecución del Contrato han sido motivadas por múltiples vicisitudes que las Partes han atravesado en el marco de su ejecución: unas, como la expedición de la licencia de construcción, que exceden el rango de acción de las Partes; otras, que son consecuencia de sus incumplimientos contractuales recíprocos, a simple manera de ejemplo, la entrega tardía del lote para el Sector 1 del Proyecto o el no pago de ciertas labores realizadas, imputables al Patrimonio Autónomo, y los retrasos en la ejecución de algunas labores de las Fases 1, 2, 3, y 4, imputables a Odicco.

Las anteriores consideraciones llevarán a que el Tribunal deniegue esta pretensión por cuanto, como se dijo, ha sido demostrado que el plazo contractual para la ejecución de la Fase 5 fue ampliado en numerosas oportunidades como consecuencia de circunstancias que no son atribuibles exclusivamente a Odicco, y al cierre de la etapa probatoria, dicho plazo no había vencido y por consiguiente es de aplicación el Artículo 1553 del Código Civil, conforme con el cual: *"El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo"*.

Lo anterior es suficiente para que el Tribunal tenga por no demostrados los supuestos de hecho sobre los que se soporta la pretensión quinta, y por ello habrá de negarse, decisión que también abarca la pretensión quinta subsidiaria. Adicionalmente, como ya se ha indicado líneas atrás en este Laudo, no resulta necesario un pronunciamiento sobre la excepción denominada *"Tercera excepción: Inexistencia de incumplimiento de la Fase 5 porque el Patrimonio Autónomo aceptó las entregas parciales de obra del Proyecto"*.

²⁵⁹ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, págs. 51-52.

5. "¿Incumplió y violó el objeto contractual" Odicco al "pretender del Contratante rubros adicionales que desconocen la fórmula precio global fijo sin fórmula de reajuste?"²⁶⁰

5.1. Posición de la Demandante en Reconvención

El Patrimonio Autónomo sintetizó en sus alegatos de conclusión el razonamiento que soporta esta pretensión. En primer lugar, indicó que el Contrato fue celebrado bajo la modalidad de *"precio global sin fórmula de reajuste"*, según se dejó expreso en la Cláusula Primera del mismo. Seguidamente, anotó que conforme con la jurisprudencia, en este tipo de contratos *"se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas"*, salvo circunstancias excepcionales que la jurisprudencia ha indicado que se derivan de *"falencias atribuibles a la entidad en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debía conocer, que desequilibren la ecuación financiera y que estén por fuera del control del contratista."*²⁶¹

Dicho lo anterior, afirma que *"[n]o obstante, el comportamiento del contratista evidencia claramente el incumplimiento dentro de la cláusula en tanto está formulando reclamaciones que como se vio en el curso del proceso carecen de elementos de prueba que permitan demostrarlas con suficiencia. Adicionalmente, el contratista no probó que i) Se presentó la reclamación en oportunidad; ii) Su causación se debió a falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato o por hechos que la administración debió conocer que desequilibran la ecuación financiera y que estén por fuera del control del contratista; y, iii) No se adoptaron medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones iniciales."*²⁶²

5.2. Posición de la Demandada en Reconvención

Odicco se opuso a la prosperidad de esta excepción argumentando que *"[e]l Patrimonio Autónomo no puede alegar que por el simple hecho de que el Contrato de Obra se haya*

²⁶⁰ Pretensión 6 Principal y 6 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada

²⁶¹ Alegatos de conclusión del Patrimonio Autónomo, sin paginación.

²⁶² Ibídem.

*pactado bajo la modalidad a precio global, Odicco incumplió el objeto contractual de dicho negocio jurídico*²⁶³. Añadió que durante la ejecución del Contrato el Patrimonio Autónomo ha reconocido rubros adicionales mediante los Otrosíes No. 6 y 11 sin que dichas adiciones constituyan un incumplimiento. Finalmente, alegó que *"nada impide que en los contratos que cuentan con una remuneración de precio global se pueda reclamar el pago de los mayores costos en los que haya incurrido en cumplimiento de lo ordenado por la entidad u originados por causas sobrevinientes (...) Odicco no tiene el deber jurídico de soportar todos los efectos de las alteraciones que afecten directamente la ejecución y cumplimiento del contrato, por lo que es completamente legítimo que éste pueda reclamar el reconocimiento de los mayores costos en los que haya incurrido para su cumplimiento, a pesar de que se trate de un contrato a precio global."*²⁶⁴

Con base en similares consideraciones, Odicco interpuso la *"Segunda excepción: El Contrato de Obra bajo la modalidad a precio global no impide el reconocimiento de los mayores costos incurridos por Odicco durante la ejecución del Contrato 045 de 2012."*²⁶⁵

5.3. Consideraciones del Tribunal

En apartados anteriores, se analizó con detenimiento el clausulado contractual, así como precedentes arbitrales y jurisprudenciales en materia del contrato de obra bajo la modalidad de precio global fijo. Conforme a dichos precedentes, y tal y como es afirmado por las Partes, se ha dicho que bajo este tipo de contratos, el contratista en principio no recibirá remuneración alguna diferente a la suma pactada, lo cual, como también se ha dicho, no quiere decir que el contratista esté obligado a asumir las consecuencias económicas negativas derivadas de situaciones que impacten el contrato y que no le sean imputables.

A partir de esas consideraciones, al resolver las pretensiones de la Demanda Principal Reformada el Tribunal ha decidido sobre el reconocimiento en favor de Odicco de sumas adicionales a las inicialmente contempladas bajo el Contrato, como en lo referente a la elaboración del diseño del colector y a la tala de árboles.

²⁶³ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 8.

²⁶⁴ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 9.

²⁶⁵ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 48.

Bajo la anterior precisión, para el Tribunal es claro que la pretensión del Patrimonio Autónomo debe ser denegada, por cuanto de ninguna manera puede considerarse que el simple ejercicio de la facultad de Odicco de reclamar por sumas adicionales diferentes a las contempladas en el precio global fijo inicialmente pactado, equivalga a que Odicco *"incumplió y violó el objeto contractual"*. Mal podría considerarse que un contratista incurra en tal conducta por el simple hecho de reclamar las sumas a las que considere que tiene derecho, pues ello supondría que quien celebra un contrato bajo la modalidad anotada no tiene nunca el derecho a reclamar, ante lo cual no habría demandas, ni litigios ni sentencias en relación con este tipo de contratos. Además, tendría un tinte claramente inconstitucional el considerar que el contratista incurre en un incumplimiento de tal naturaleza por el ejercicio de su derecho de acción para reclamar ciertas sumas por la vía arbitral sin que dicho ejercicio haya sido declarado temerario, lo cual por demás, no se percibe en este caso.

Conforme con lo hasta acá expuesto, se denegarán las Pretensiones 6 principal y 6 subsidiaria de la Reforma de la Demanda de Reconvención y ante tal negativa, por lo expuesto en otros capítulos de este Laudo, no resulta necesario un pronunciamiento sobre la excepción denominada *"Segunda excepción: El Contrato de Obra bajo la modalidad a precio global no impide el reconocimiento de los mayores costos incurridos por Odicco durante la ejecución del Contrato 045 de 2012"*, interpuesta por Odicco.

6. ¿Violentó Odicco los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales al guardar silencio respecto de sus reclamaciones económicas, en el momento de celebrar los Otrosíes No. 1, 2, 3, 4 y 5?²⁶⁶

6.1. Posición de la Demandante en Reconvención

El Patrimonio Autónomo argumenta que *"las Partes han pactado diferentes Otrosíes. En estos instrumentos se han recibido las peticiones presentadas por Odicco. Varios de esos Otrosíes fueron promovidos, gestionados y firmados por Odicco antes de la presentación de su Demanda. Sin embargo, en todas esas situaciones, se guardó silencio respecto de las pretensiones incorporadas posteriormente en su Demanda."*²⁶⁷

²⁶⁶ Pretensión 7 Principal y 7 Subsidiaria (su texto es idéntico) de la Demanda de Reconvención Reformada.

²⁶⁷ Demanda de Reconvención Reformada, pág. 47.

Para el Patrimonio Autónomo, lo anterior es una violación por parte de Odicco de *"la buena fe contractual, además de los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales"*²⁶⁸, y cita jurisprudencia del Consejo de Estado que considera que soporta su posición.

6.2. Posición de la Demandada en Reconvención

Odicco se opuso a la prosperidad de esta pretensión en cuanto, alega, *"el Patrimonio Autónomo no tiene claro el contenido de los Otrosíes No. 1, 2, 3, 4 y 5 al Contrato de Obra, ni los fundamentos los cuales (sic) dieron origen a ellos puesto que (i) el contenido de dichos documentos contractuales no se relaciona con las reclamaciones económicas propuestas por Odicco y (ii) los que se relacionan con dichas las (sic) reclamaciones, se originaron debido a diferentes solicitudes realizadas por el Contratista respecto de la entrega tardía del Sector 1 del Proyecto."*²⁶⁹

En particular, indicó que el Otrosí No. 1 se celebró el 26 de octubre de 2015, fecha en la que aún no se habían presentado controversias económicas entre las Partes, y que ese otrosí se limitó a modificar la Cláusula Décima Tercera del Contrato, sobre el procedimiento para la imposición de multas, lo que a su juicio demuestra que *"el contenido de algunos Otrosíes no se relaciona con las reclamaciones económicas presentadas por Odicco"*²⁷⁰.

Por otra parte, señaló que en diferentes comunicaciones, solicitó la modificación de la forma de pago establecida en la Cláusula Tercera del Contrato *"alegando que no había sido posible iniciar actividades de obra en el Sector 1 del Proyecto debido a la presencia de familias, lo que generaba un impacto negativo al (sic) directo Contrato de Obra"*²⁷¹.

Así mismo, que en virtud de la Cláusula Vigésima Quinta del Contrato Odicco presentó una reclamación al Patrimonio Autónomo encaminada a que *"se adelantara un "arreglo directo" para intentar resolver las controversias surgidas durante la ejecución del Contrato"*²⁷².

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 16.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ibidem.

Conforme a lo anterior, concluye que *"no existe violación al deber de corrección o de lealtad, y mucho menos de la buena fe, cuando se presenta una pretensión económica, más aún cuando era de conocimiento del Patrimonio Autónomo la reclamación, cuando no existe renuncia expresa a reclamar por los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda principal y cuando los instrumentos de modificación del contrato no se basan ni se refieren a los mismos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda"*²⁷³.

Odicco no alegó ninguna excepción en específico frente a esta pretensión.

6.3. Consideraciones del Tribunal

Para resolver esta pretensión, en primer lugar, se procederá brevemente a recapitular el objeto de los Otrosíes sobre los que la misma recae, es decir, aquellos identificados con los números 1, 2, 3, 4 y 5.

Bajo el Otrosí No. 1 se modificaron las Cláusulas Décima, Décima Segunda, Décima Tercera, Décima Quinta y Vigésima Sexta del Contrato. En síntesis, las Partes consideraron que había una contradicción entre ciertas cláusulas: por una parte, se establecía que el Contratista era independiente, y, por el otro, se solicitaba autorización para la cesión del Contrato y para la subcontratación. Así mismo, se hizo una corrección sobre el procedimiento sancionatorio para la imposición de multas.

En cuanto al Otrosí No. 2, este respondió a lo decidido por el Comité Directivo Fiduciario en Acta No. 79 de 30 de marzo de 2016, a la que ya se ha hecho referencia, y bajo el mismo se dispuso la modificación de las actividades de la fase de ejecución, estableciendo la posibilidad de que se ejecutaran paralelamente a las fases 3 y 4, actividades de adecuación de terreno y urbanismo propias de la fase de construcción (fase 5), ante las demoras que se presentaron en obtener la licencia de construcción.

Por su parte, el Otrosí No. 3 fue consecuencia de lo dispuesto en el Acta No. 92 de 4 de noviembre de 2016 del Comité Directivo Fiduciario, el cual, ante la ocupación de familias en el predio correspondiente al Sector 1 del Proyecto y de las consecuencias que tuvo

²⁷³ Ibídem.

esta ocupación sobre la normal ejecución del Proyecto, dispuso la modificación de la Cláusula Tercera del Contrato sobre valor y forma de pago.

Bajo el Otrosí No 4 se dispuso la modificación de la Cláusula Segunda sobre plazo para la ejecución del Contrato, prorrogando el plazo del Contrato por 8.25 meses, contados a partir del 12 de enero de 2017. Así mismo, se redistribuyeron los plazos establecidos para las fases 6, 7, y 8.

Por último, mediante el Otrosí No. 5 las Partes dispusieron la aclaración del párrafo quinto de la Cláusula Tercera del Contrato sobre valor y forma de pago.

Del recuento anterior, se aprecia que le asiste razón a Odicco en su oposición a esta pretensión por lo menos en lo que tiene que ver con el Otrosí No. 1, en cuanto se infiere de su texto que no se hizo un ajuste económico ni de plazo bajo el mismo. En cuanto a los Otrosíes 2 al 5, se aprecia que los mismos sí impactaron el precio o su forma de pago y el plazo del Contrato, ante lo cual es entonces pertinente detenerse brevemente sobre la jurisprudencia citada por el Patrimonio Autónomo para sustentar esta pretensión. El Demandante en Reconvención trae a colación los apartes que se citan resumidamente a continuación:

"No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia comercial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato (...)

"Por eso, durante el desarrollo de un contrato como el de obra, en el que pueden sobrevenir una serie de situaciones, hechos y circunstancias que impliquen adecuarlo a las nuevas exigencias y necesidades en interés público que se

presenten y que inciden en las condiciones iniciales o en su precio, originados en cambios e las especificaciones, incorporación de nuevos ítems de obra, obras adicionales o nuevas, mayores costos no atribuibles al contratista que deban ser reconocidos y revisión o reajuste de precios no previstos, entre otros, la oportunidad para presentar reclamaciones económicas con ocasión de las mismas y para ser reconocidas es al tiempo de suscribir o celebrar el contrato modificadorio o adicional. (...)

"Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio, adicional o una suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento), toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea "venire factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas"²⁷⁴.

Como se ve, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido el deber para las partes de un contrato estatal de plantear las reclamaciones económicas que tengan al momento de celebrar acuerdos modificadorios o adicionales que tengan por objeto el ajuste del contrato a la realidad fáctica, financiera y jurídica en el momento mismo de la celebración de tales acuerdos modificadorios, so pena de que una reclamación posterior resulte deslegitimada por violación al principio "*venire factum proprium non valet*".

No obstante lo anterior, el Tribunal encuentra que la jurisprudencia anterior no resulta aplicable a este caso, ya que, aun cuando Odicco se abstuvo de dejar constancia de sus reclamaciones en los textos de los Otrosíes 1 al 5, las Partes pactaron en la Cláusula Vigésima Novena ordinal 1º del Contrato lo siguiente:

"La falta o demora de cualquiera de las partes en ejercer cualquiera de las facultades o derechos consagrados en este Contrato, o a exigir su cumplimiento, no se interpretará como una renuncia a dichos derechos o facultades, ni afectará

²⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2011, Exp. 18080. Citada en alegatos de conclusión del Patrimonio Autónomo, sin paginación.

la validez, total o parcial, del Contrato ni el derecho de la respectiva parte de ejercer posteriormente tales facultades o derechos, salvo disposición legal en contrario."

La validez de la cláusula anterior no ha sido discutida por las Partes en este proceso, y el Tribunal no encuentra causal alguna que le reste eficacia jurídica, por lo que, en aplicación del Artículo 1602 del Código Civil, corresponde darle plena aplicación en este proceso. De esta forma, aun cuando Odicco no sentó las reclamaciones que pudieron haber surgido para las fechas en que se celebraron los Otrosíes 1 al 5, la Cláusula Vigésima Novena ordinal 1º del Contrato lo legitima para erigir su reclamación en una fase posterior, como en efecto lo hizo, a lo cual se suma que las partes no le dieron a los referidos otrosíes un efecto transaccional ni ello se ha planteado en el presente proceso. De manera que no es de recibo concluir, como lo pretende el Patrimonio Autónomo, que Odicco haya "violentado" los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales con su conducta, puesto que la Cláusula Vigésima Novena ordinal 1º fue libremente negociada entre las Partes, que la misma es parte integral de la regulación que éstas, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, definieron para este negocio jurídico en particular, y que además, si bien a pesar de la aludida cláusula contractual las partes pudieron haberle dado a los referidos otrosíes un efecto transaccional que eliminara la posibilidad de hacer reclamaciones con fundamento en lo que hubiere ocurrido hasta entonces, no lo hicieron así, obrando también en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad. En virtud de lo anterior, mal podría el Patrimonio Autónomo verse sorprendido por las reclamaciones de Odicco, pues la presentación de las mismas, así fuese en una fase posterior a cuando surgieron, estaba dentro de las posibilidades que al celebrar el Contrato las Partes mismas estimaron que razonablemente podían surgir en la ejecución del mismo.

Como comentario al margen, no sobra señalar que el propio Patrimonio Autónomo invocó la Cláusula Vigésima Novena en cuestión al salir al paso en los hechos de la Reforma de la Demanda de Reconvención a las alegaciones de Odicco en relación con este punto, ya que el Patrimonio Autónomo citó la Cláusula en cuestión²⁷⁵, aunque sin hacer consideración alguna adicional sobre la misma, no obstante lo cual puede inferirse que su invocación solo puede tener significado en el mismo sentido pretendido por Odicco, en este caso, sustentar la actuación contractual y procesal del Patrimonio Autónomo tendiente a reclamar a posteriori por los incumplimientos de Odicco respecto de esas fases. De esta forma, la conducta procesal del Patrimonio Autónomo reconfirma la validez

²⁷⁵ Demanda de Reconvención Reformada, hecho 37, pág. 27.

y eficacia de la Cláusula Vigésima Novena la cual, se reitera, no ha sido controvertida en el proceso, quedando entonces aceptada la obligatoriedad de su aplicación en lo que resulte pertinente frente a cada una de las Partes, respectivamente.

En virtud de las consideraciones expuestas en este apartado, el Tribunal denegará las pretensiones 7 principal y 7 subsidiaria de la Reforma de la Demanda de Reconvención.

7. ¿Es aplicable la cláusula penal contemplada en los Pliegos de Condiciones? O, por el contrario, ¿es aplicable la contemplada en la Cláusula Décima Primera del Contrato²⁷⁶? ¿Tiene el Patrimonio Autónomo derecho que se reconozca en su favor el pago de la cláusula penal que sea aplicable?

7.1. Posición de la Demandante en Reconvención

En línea con las alegaciones de incumplimientos contractuales que atribuye a Odicco, el Patrimonio Autónomo eleva la pretensión Octava principal y la pretensión Octava subsidiaria, en virtud de las cuales solicita reconocer, en esencia, que las partes previeron las consecuencias patrimoniales del incumplimiento a través de la cláusula penal. Seguidamente plantea dos pretensiones alternativas, la 9 principal, conforme con la cual solicita *"(...) que se ordene al Contratista, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo, pagar al Contratante la suma correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato como estimación anticipada de perjuicios establecida en los Pliegos", y, en subsidio, la 9 subsidiaria, conforme con la cual solicita que se ordene a Odicco "(...) pagar al Contratante la suma correspondiente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato."*

En sustento de esta pretensión, el Patrimonio Autónomo puso de presente que la Cláusula 6.7. del Pliego de Condiciones dispuso que *"[s]i el CONTRATISTA no diere cumplimiento en forma total o parcial al objeto o a las obligaciones emanadas del contrato, pagará al contratante el veinte por ciento (20%) del valor total del mismo, como estimación anticipada de perjuicios"*²⁷⁷, y añadió: *"[n]ótese que la relación contractual entre las Partes ha sido objeto de diferentes otrosíes. En ninguno de ellos, ha existido voluntad*

²⁷⁶ Pretensiones 8 y 9 Principales de la Demanda de Reconvención Reformada.

²⁷⁷ Demanda de Reconvención Reformada, hecho 38, pág. 28.

*alguna o propósito novatorio relacionado con las cláusulas penales establecidas en los Pliegos y en el Contrato de Obra*²⁷⁸.

En sus alegatos de conclusión, el Patrimonio Autónomo dijo que *"tal como resulta de lo probado dentro del proceso el incumplimiento del deudor, en este caso Odicco, se acreditó en lo que concierne al comportamiento de prestación en la relación obligatoria. De tal forma que debe dársele plena aplicación a la cláusula penal contenida en el contrato (...) "* de conformidad con los artículos 1592 y 1608 del Código Civil, y seguidamente citó la Cláusula 6.7. del Pliego de Condiciones. Finalmente, argumentó que, para efectos del cálculo de la cláusula penal, se debe tener en cuenta el valor del contrato (\$56.221.844.679.) pactado por las partes en el Otrosí No. 12.

7.2. Posición de la Demandada en Reconvención

Odicco no se opone expresamente a la Pretensión Octava, pero manifiesta que *"(...) en la cláusula "Décima Primera. Cláusula Penal Pecuniaria" del Contrato de Obra -que existía tanto en la minuta adjunta al pliego de condiciones como en el documento finalmente suscrito- se pactó la estimación anticipada de perjuicios equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato y no al veinte por ciento (20%) como se afirma en la reforma de la demanda de reconvención. Al respecto, debe hacerse notar que si bien pudiera existir alguna contradicción en los documentos contractuales, los mismos fueron redactados por el Patrimonio Autónomo, por lo cual la interpretación debe hacerse a favor de Odicco.*²⁷⁹

Por otro lado, Odicco se opone a la prosperidad de la pretensión Novena en cuanto *"el Patrimonio Autónomo de manera errónea indica que la estimación anticipada de perjuicio (sic) equivale al veinte por ciento (20%) del valor total del Contrato, cuando realmente lo que estipula el Contrato de Obra en la Cláusula [Décima Primera] (...) es la estimación anticipada de perjuicios equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, la cual tiene una aplicación prevalente en virtud del parágrafo 2 de la Cláusula Primera del Contrato de Obra y, además, teniendo en cuenta que las cláusulas contradictorias se*

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 10.

*interpretan en contra de quien las elabora, en este caso, en contra del Patrimonio Autónomo.*²⁸⁰

Así mismo, alega que, si en gracia de discusión se fuese a aplicar la cláusula penal, *"esta deberá aplicarse de conformidad con el principio de proporcionalidad, esto es, teniendo en cuenta el porcentaje a que corresponde el valor de las fases 1, 2, 3 y 4, y, de otra, teniendo en cuenta los valores pagados por concepto de esas fases contractuales"*²⁸¹.

Con base en las anteriores consideraciones, Odicco opone la *"Novena excepción: La contradicción de la cláusula penal del Pliego de Condiciones y la cláusula penal del Contrato de Obra debe ser resuelta a favor de esta última"* y la *"Décima excepción: Aplicación del principio de proporcionalidad en la tasación del valor de la cláusula penal."*

De igual forma, en sus alegatos de conclusión Odicco reiteró los anteriores argumentos, expresando además que ha cumplido con cada una de sus obligaciones contractuales derivadas de las Fases 1, 2, 3, 4 y 5 del Proyecto.

7.3 Posición del Agente del Ministerio Público

En el concepto final rendido en este proceso el Agente del Ministerio Público analizó el problema jurídico relacionado con la aplicación de la cláusula penal, e indicó que *"en razón de la especialidad de las estipulaciones y el carácter más beneficioso para el deudor debe primar la pactada en la cláusula Décima Primera del Contrato"*.

7.4 Consideraciones del Tribunal

Como se anticipó, para resolver este problema jurídico, el Tribunal habrá de dilucidar tres cuestiones: (i) si las Partes en efecto estipularon en el Contrato una cláusula penal; (ii) si debe darse aplicación a la cláusula penal contemplada en la Cláusula 6.7. del Pliego de Condiciones, o, por el contrario, a la prevista en la Cláusula Décima Primera del Contrato; y (iii) si el Patrimonio Autónomo tiene derecho a que se reconozca en su favor el pago de cláusula penal.

²⁸⁰ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, págs. 11 y 12.

²⁸¹ Contestación de Odicco a la Demanda de Reconvención Reformada, pág. 12.

Sobre la primera de las cuestiones planteadas, no fue cuestionado a lo largo del proceso que, en efecto, las partes estipularon bajo el Contrato una cláusula penal, y, en consecuencia, el Tribunal encuentra este hecho como probado en virtud de la Cláusula Décima Primera del Contrato, sobre cuya existencia, validez o eficacia no hubo discusión alguna en este trámite arbitral. No obstante ello, el Tribunal advierte dos cosas: la primera, que las Partes, en la referida cláusula penal, no acordaron que esa penalidad contenga "las consecuencias patrimoniales del incumplimiento del contratista", como se enuncia en la pretensión 8 principal de la Demanda de Reconvención Reformada, por cuanto no se dijo en la referida cláusula que esas serían todas "las" consecuencias del incumplimiento con exclusión de otras, sino que, por el contrario, se admitió expresamente que la penalidad eventualmente cubriría solamente parte de ellas, diciendo que la penalidad "*....se considerará como pago parcial de los perjuicios causados...*" y que "*...el contratante queda en libertad para reclamar, judicial o extrajudicialmente, los perjuicios que el contratista pueda causarle...*"²⁸². La segunda, que la cláusula penal no se refiere al incumplimiento "*incluso parcial*", no obstante lo cual es claro que al referirse a "*cualquiera de las obligaciones*"²⁸³, así podría entenderse. Lo anterior es suficiente para que el Tribunal deniegue la pretensión principal octava de la Reforma de la Demanda de Reconvención y acceda a la pretensión octava subsidiaria.

Descendiendo a la segunda de las cuestiones, esto es, a cuál de las provisiones – si la prevista en el Pliego de Condiciones o la contemplada en el Contrato – podría dársele aplicación, el Tribunal debe expresar lo siguiente: si bien inicialmente respecto de la cláusula penal se estimó su eventual causación en un porcentaje del valor total del contrato, equivalente al veinte por ciento (20%) de dicho valor, (concretamente en el documento de términos de referencia que dio origen al contrato, denominado "Pliegos" en la Demanda de Reconvención Reformada)²⁸⁴, posteriormente, ya al suscribir el Contrato, y específicamente en la cláusula décima primera del mismo, la incidencia respectiva se redujo al diez por ciento (10%), que sería, si se llegare a acceder a la referida pretensión, el monto máximo posible de reconocer²⁸⁵.

²⁸² Cláusula Décima Primera del Contrato.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Cláusula 6.7 del Pliego de condiciones (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 55 vuelto).

²⁸⁵ Cláusula Décima Primera del Contrato (Cuaderno de Pruebas No. 1, fl. 100 vuelto).

Al efecto, el Tribunal precisa que aun cuando el documento de términos de referencia hace parte del contrato celebrado por cuanto así lo disponen las cláusulas primera y trigésima segunda del Contrato, no es menos cierto que el mismo Contrato fue específico en señalar, en el parágrafo 2 de la cláusula primera, que "*...en caso de contradicción entre los documentos previstos en la presente cláusula y el texto del Contrato, prevalecerá lo estipulado en este último...*", siendo el documento de términos de referencia uno de aquellos "*previstos en la presente cláusula...*", es decir, uno de aquellos frente a los cuales prevalece lo señalado en el Contrato la prevalencia de lo pactado en él por sobre los documentos producidos durante la etapa prenegocial. Si bien los rastros probatorios de esta etapa deben servir para ilustrar la interpretación de lo pactado, no pueden prevalecer sobre la voluntad expresa y posterior de las partes, lo cual se refuerza además con el hecho de que, de la misma manera como la ley establece que la norma posterior prevalece sobre la anterior, por tratarse de la voluntad más fresca del legislador, debe también aceptarse que, en materia negocial, la voluntad sobreviniente de las partes modifica en lo permitiente lo anteriormente acordado entre ellas o lo previamente propuesto por una de las partes sobre el mismo punto.

Lo anterior en sí mismo corta de raíz la discusión en cuestión, cual es la del monto máximo que finalmente tendría la cláusula penal en caso de aplicarse, puesto que el texto del Contrato no ofrece discusión en cuanto a su prevalencia, ni en cuanto a la aplicación del 10% en lugar del 20% contemplado en los términos de referencia, con lo cual además siendo clara la estipulación, no cabe entrar en la discusión de si debe o no interpretarse en contra de quien la hubiere podido extender.

En virtud de lo anterior, se denegará la pretensión novena principal, por cuanto la cláusula 6.7 del Pliego de Condiciones no resulta aplicable, y por ello no es necesario un pronunciamiento sobre la excepción de la contestación a la Demanda de Reconvención Reformada que se denomina "Novena excepción: La contradicción de la cláusula penal del Pliego de Condiciones y la cláusula penal del Contrato de obra debe ser resuelta a favor de esta última""

Lo anterior conduce a analizar la tercera cuestión que compone este problema jurídico, esto es, si el Patrimonio Autónomo en efecto tiene derecho al pago de la cláusula penal establecida en la Cláusula Décima Primera del Contrato (es decir, la del 10%), y en caso

afirmativo, si ese derecho se fijaría teniendo en cuenta la excepción de proporcionalidad alegada por Odicco y por cuál valor.

Sobre el punto en cuestión, la cláusula Décima Primera del Contrato establece:

"Expresamente se conviene una cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del Contrato, en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA. Esta suma será exigible por vía ejecutiva, por lo que las partes le otorgan al presente documento la calidad de título ejecutivo, sin necesidad de constituir en mora a la deudora y sin requerimiento judicial o extrajudicial alguno, a los cuales renuncia expresamente EL CONTRATISTA y se considerará como pago parcial de los perjuicios causados, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar".

Se insistió en las alegaciones de la parte Convocada, que debe imponerse a la Contratista, en razón de su incumplimiento, la cláusula penal contratada.

La cláusula del contrato con fundamento en la cual pretende la parte Convocada al reconvenir que se reconozca la cláusula penal, se refiere a cualquier incumplimiento, con lo cual ha de entenderse que se refiere a incumplimientos totales o parciales. Consiguientemente, corresponde al Tribunal establecer si el mencionado incumplimiento se dio de alguna manera y si en razón de ello debe aplicarse la cláusula penal.

Parece evidente sostener que en la fecha de cierre de la etapa probatoria no podía hablarse de incumplimiento total, toda vez que las distintas versiones sobre el adelantamiento de las obras coinciden en estimar que éste se había producido en cerca de un noventa y seis por ciento (96%), quedando pendiente un porcentaje reducido respecto de ellas, más probablemente también la escrituración de las unidades inmobiliarias a los respectivos compradores.

Así las cosas, para el estudio de este posible incumplimiento parcial, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- Ante todo, la circunstancia de que solamente en el mes de julio se venció la última prórroga del contrato, de manera tal que la etapa probatoria del presente trámite

arbitral se adelantó estando todavía vigente el plazo contractual. Como en este laudo deben definirse las relaciones entre las partes según lo planteado, tanto en las pretensiones de la demanda principal y la de reconvención con sus correspondientes excepciones, y teniendo en cuenta las pruebas practicadas, se considera que la competencia de los árbitros respecto de un incumplimiento derivado de la no satisfacción total de los deberes contractuales de la contratista, solamente puede recaer sobre la situación en ellas planteada, que es lo que define el marco relacional existente entre las partes. Aquello que se suele denominar como la "litis contestatio", es decir, lo que la parte demandante, en este caso las partes demandantes, sometieron a la consideración del juzgador, y aquello que las partes demandadas, ambas lo son en el presente asunto, excepcionaron oportunamente. El cruce de una demanda y de su contestación junto con las pruebas correspondientes es lo que establece el marco procesal, de manera tal que se violaría el derecho de defensa si se entraran a considerar aspectos respecto de los cuales no se presentó la oportunidad para controvertirlos adecuadamente.

Consiguientemente, no es posible para el Tribunal considerar en el presente laudo un incumplimiento total por no haberse producido, al finalizar la etapa probatoria, el agotamiento del término pactado para el cumplimiento de los deberes a cargo de ODICCO.

- Es verdad que el término inicialmente pactado expiró con creces. Sin embargo, sucesivos otrosíes convenidos por las partes fueron prolongando dicho término, llevándolo hasta finales del mes de julio del año en curso, es decir, hasta poco antes de la fecha en que se notifican las decisiones con las cuales el Tribunal desata la controversia que le fue sometida.

En estas condiciones, no puede aceptarse que la cláusula penal se causó por no haber cumplido la entidad contratista de manera total sus obligaciones dentro del plazo establecido.

Ahora bien; el presente Laudo reconoce pretensiones y excepciones propuestas por ambas partes. Así cabe afirmar que la Contratante incumplió algunos de sus deberes contractuales, como ocurre con el reconocimiento de la retribución nacida del diseño de los colectores de aguas efluentes o el valor de la tala de la

arborización que fue necesario realizar para abrir paso a la construcción de las torres, a más de la entrega tardía del sector 1 del predio en los términos ya establecidos en el presente laudo. En lo que respecta a la parte Convocante, es decir, al Contratista, el Tribunal también ha concluido que Odicco (i) incumplió con algunas obligaciones correspondientes a las fases iniciales del Contrato en los términos arriba establecidos por haber presentado un presupuesto inexacto de obra; y que (ii) incumplió con los plazos pactados para algunas obligaciones derivadas de las fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto. Serán estos dos incumplimientos, que se consideran parciales, junto con los incumplimientos de la parte Convocada, los que el Tribunal habrá de tener presentes para decidir sobre la aplicación de la Cláusula Penal.

En las circunstancias que acaban de exponerse, procede que el Tribunal reconozca la llamada "exceptio non adimpleti contractus" a la cual se refiere el artículo 1609 del ordenamiento civil. Según esta norma, ninguna de las partes en un contrato bilateral, como éste que dio lugar al litigio que se desata, se encuentra en mora de cumplir con sus deberes contractuales, mientras la otra parte, a su vez, no atienda debidamente los suyos o se allane a cumplir en la forma como corresponde a sus compromisos.

En el caso que nos ocupa, si bien está probada la existencia de retrasos por parte de la Convocante en el cumplimiento de algunas de sus obligaciones como Contratista de obra durante las fases iniciales del Contrato, también está probado que hubo una entrega tardía del inmueble en el que debían desarrollarse los trabajos. A lo anterior se suma que, no siendo los incumplimientos de la Convocante de entidad suficiente como para haber generado una afectación sustancial a los intereses de la Convocada, y que, si como está planteado en la Demanda de Reconvención Reformada, la pretensión de condena al pago de la pena estipulada se da también en virtud de otros supuestos incumplimientos del Contratista, que no fueron probados, para el Tribunal no resulta entonces viable la aplicación de la cláusula penal.

Por las razones expresadas, el Tribunal denegará la pretensión novena subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada en la que se pide que se condene a ODICCO al pago de la cláusula penal establecida en el contrato, y en tal virtud no resulta necesario, en cuanto a este punto, un pronunciamiento sobre la excepción denominada "Cuarta Excepción: *Excepción de contrato no cumplido por falta de cumplimiento de la obligación*

de pago por parte del Patrimonio Autónomo por no pagar en su totalidad los productos recibidos", de acuerdo con jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que así lo indica. Igualmente, y con el mismo criterio, el Tribunal entiende que no resulta necesario pronunciarse sobre la Décima Excepción de la contestación a la Demanda de Reconvención Reformada que se denomina "Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Tasación del Valor de la Cláusula Penal".

V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS RESPECTO DE TODAS LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

Dada la generalidad de las excepciones propuestas bajo esta clasificación por parte de la Convocada, el Tribunal encuentra que las mismas guardan relación con diversos aspectos obligacionales y procesales del presente trámite, por lo cual se ha estimado pertinente abordarlas en bloque y luego de haber despachado las pretensiones y excepciones de la Demanda Principal Reformada, de la Demanda de Reconvención Reformada y de sus respectivas contestaciones.

- "Falta de legitimación en la causa por activa": En este punto el Tribunal se remite a lo analizado en apartes anteriores de este laudo, donde se concluyó que no prospera por las razones allí mismo expuestas.
- "*Excepción de inejecución*": Dado que los términos en que la Convocada plantea esta excepción se refieren a la denominada "exceptio non adimpleti contractus" soportándose en los alegados incumplimientos de Odicco (de los cuales se probaron incumplimientos en relación con las Fases 1, 2, 3 y 4), y que a su turno, existen también incumplimientos probados en las obligaciones a cargo del patrimonio autónomo (pagos diseños del colector, pago de la tala de árboles y entrega tardía del lote Sector 1), según se ha determinado en el presente Laudo, le corresponde entonces al Tribunal establecer si esos incumplimientos del Patrimonio Autónomo son susceptibles de anularse en sus efectos en razón de los incumplimientos de Odicco. Al respecto lo que el Tribunal observa es que las obligaciones cuyo incumplimiento le ha sido atribuido al Patrimonio Autónomo, no guardan relación directa con las obligaciones cuyo incumplimiento por parte de Odicco ha sido probado, y en consecuencia no se cumple con el requisito de

tratarse de "obligaciones recíprocas" necesario para que prospere esta excepción²⁸⁶, por lo que la misma ha de denegarse.

- *"Compensación -pago de lo no debido"*: Teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto en el presente Laudo el Tribunal no está reconociendo el pago de suma alguna a cargo de Odicco, es claro que no se da el presupuesto legal consagrado en el artículo 1714 del Código Civil, para aplicar la figura de la compensación y en tal virtud la excepción no prospera. En cuanto al argumento referido al "pago de lo no debido" este no prospera por cuanto el Tribunal encontró que efectivamente hay sumas pendientes de pago por parte del Patrimonio Autónomo y a favor de Odicco.
- *"Mala fe en la interposición de las pretensiones-violación del acto propio"*: Las conductas que se invocan bajo esta excepción han sido ampliamente analizadas por el tribunal en otros apartes del presente Laudo, concluyendo que ninguna de ellas se presentó, por lo que la excepción no prospera.
- Finalmente, en cuanto a la *"Excepción genérica"* el Tribunal no hace pronunciamiento alguno pues no se encontraron elementos que den lugar a su aplicación.

VI. LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS CONTENIDOS RESPECTIVAMENTE EN LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA Y EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

El artículo 206 del C.G.P. reglamenta la figura del juramento estimatorio, imponiéndola como un requisito cuandoquiera que se pretenda el reconocimiento de una indemnización de perjuicios, de una compensación o del pago de frutos o mejoras. La norma dispone textualmente lo siguiente:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 17 de 1995, Expediente 4512.

demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

"PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá

al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

"La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte".

El texto citado permite concluir que el juramento estimatorio tiene como finalidad precisar, razonadamente, el monto de las pretensiones de la demanda en cuanto se refiera a la indemnización de perjuicios, "*compensaciones*" o al pago de frutos o mejoras, y contempla adicionalmente las sanciones que han de aplicarse cuando tal estimación exceda del monto probado o no resulte probada, para lo cual se establecen los siguientes supuestos:

- (i) Cuando el monto planteado en el juramento estimatorio excede del cincuenta por ciento (50%) de aquel que resultó probado en el proceso. Este evento presupone que hubo prueba de algún porcentaje del monto de lo reclamado.
- (ii) Cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios.

Analizadas las pretensiones de la Demanda Principal Reformada y las de la Demanda de Reconvención Reformada, el Tribunal encuentra que en ellas se pretende que se emitan declaraciones y se impongan condenas acordes con el entendimiento que cada parte tiene de la ejecución contractual.

El anterior razonamiento permite concluir que no resultan aplicables los supuestos previstos en la norma para la imposición de la sanción, en tanto que el fracaso de algunas de las pretensiones de condena de la Convocante y de la imposición de los efectos de la cláusula penal solicitada por la Convocada, obedecen a circunstancias diferentes a un actuar negligente o temerario en la demostración de los perjuicios que se reclaman.

En este punto el Tribunal acoge lo dicho en el laudo proferido en el trámite arbitral de Asesorías e Inversiones S.A. contra AIG Seguros Colombia S.A. se señaló:

"(...) una cosa es la sola acreditación del valor de las pretensiones dinerarias de la demanda que, según se dijo, en los eventos en los que no hay objeción, se logra

mediante la estimación juramentada que el extremo activo hace y otra distinta, aunque íntimamente relacionada con la primera, es la demostración de los hechos que sirven de base a dichas pretensiones, demostración que junto con la correspondiente argumentación jurídica, desemboca en pronunciamiento favorable del sentenciador.

(...)

"En efecto, a juicio del Tribunal la suerte de lo que acontezca en relación con el juramento estimatorio no se encuentra necesariamente atada a lo que se decida en la sentencia respecto de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, porque bien puede ocurrir que el demandante estime adecuada y razonadamente el valor de sus pedimentos pero que estos no logren finalmente abrirse paso.

"En otras palabras, es perfectamente posible que, sin perjuicio de una razonada y ponderada valoración de las pretensiones, se despachen ellas desfavorablemente por razones de variada índole como, por vía de ejemplo, el haberse interpretado de forma errada una norma o un pasaje contractual, por haber fallado el demandante en su estrategia probatoria o por prosperar una excepción válidamente alegada por su contraparte, entre otras circunstancias.

"De lo anterior se sigue que no siempre que el demandante pierde la causa debe haber lugar a la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues esta, insiste el Tribunal, cabe únicamente para los casos de cuantificaciones desbordadas de lo que, a juicio del demandante, deben ser las condenas por perjuicios, compensaciones, frutos o mejoras.

"Y es que la vocación de la sanción establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso no es castigar a quien no ha logrado que sus pedimentos resulten acogidos. Para tal evento está prevista la condena en costas, la cual, como bien sabido es, procede en contra de quien acude a la jurisdicción sin fundamento suficiente que soporte sus pretensiones. Y, más aún, cuando se advierta que su actuación, no solo es carente de fundamento, sino que resulta temeraria, desleal o de mala fe, habrá lugar, no sólo a la condena en costas, sino que procederán los adversos efectos que para tales casos prevén los artículos 72 y 73 del CPC."

El Tribunal comparte el planteamiento citado y, en tal virtud, se abstendrá de imponer las sanciones previstas en el Art. 206 C.G.P., toda vez que, como se indicó, no se dan los presupuestos establecidos para ello.

VII. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.*"²⁸⁸

En materia de costas y agencias en derecho, este proceso se regula por la Ley 1563 de 2012 y por el Código General del Proceso.

El Código General del Proceso dispone en su artículo 365 lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

²⁸⁸ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

(...).”

La norma aplicable establece que en principio debe condenarse en costas a la parte vencida en el proceso; pero igualmente establece que en caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial. En el presente caso, considerando que prosperan algunas de las pretensiones de la parte Convocante y a la vez también prosperan ciertas pretensiones de la demanda de reconvención; que además se ha observado un proceder diligente y ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal por las dos partes; y teniendo en cuenta lo que para cada parte representa el resultado del proceso, el tribunal se abstendrá de imponer condena en costas según lo previsto en el artículo 365 del C.G.P, con lo cual se negará la pretensión décima principal de la demanda de reconvención así como las décima y décima primera subsidiarias.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre **Odicco Ltda.**, como parte Convocante, y **Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.**, como Parte Convocada, en decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

A. Sobre las pretensiones de la Demanda Principal Reformada

1. Pretensiones relacionadas con la elaboración de diseños y construcción de las obras de la red de alcantarillado:
 - a. **Declarar** que el “Alcance del Objeto” del Contrato de Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045, en relación con las obligaciones de diseño y construcción de la red de alcantarillado por parte de Odicco Ltda., se extiende únicamente al diseño y construcción de la red de alcantarillado que se encuentra dentro del

Proyecto "La Arboleda Santa Teresita", con lo cual prospera la pretensión primera de la Demanda Principal Reformada.

- b. **Declarar** que ni en los Estudios Previos, ni en el Pliego de Condiciones, Anexo Técnico, y Contrato de Obra se indicó la necesidad de elaborar el diseño y construcción de la red externa de alcantarillado, con lo cual prospera la pretensión segunda de la Demanda Principal Reformada.
- c. **Declarar** que la obligación de elaboración de diseños y construcción de la red externa de alcantarillado, es decir, por fuera del Proyecto no está en cabeza de Odicco. Con lo anterior prospera, con lo cual prospera la pretensión tercera de la Demanda Principal Reformada.
- d. **Declarar** que la obligación de elaboración de diseños y construcción de la red externa de alcantarillado es una obligación adicional al Contrato de Obra de conformidad con el contenido obligacional del Contrato de Obra y lo aprobado por la Interventoría. Con lo anterior prospera la pretensión cuarta de la Demanda Principal Reformada.
- e. **Declarar** que Odicco elaboró los diseños para la red externa de alcantarillado. Con lo anterior prospera la pretensión quinta de la Demanda Principal Reformada.
- f. En consecuencia de las anteriores declaraciones, **condenar al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.** a pagar a Odicco Ltda., la suma de **ciento noventa y dos millones setecientos diecisiete mil cuatrocientos sesenta y un pesos (\$192.717.461)**, correspondiente al valor en que incurrió Odicco como efecto de la elaboración de los diseños para la red externa del alcantarillado del Contrato Obra y la actualización con el índice IPC hasta la fecha del laudo. Con lo anterior prospera la pretensión sexta de la demanda reformada y parcialmente la séptima en tanto que no se concede condena al pago de los intereses moratorios solicitados.

2. Pretensiones relacionadas con la tala de árboles:

- a. **Negar** las pretensiones octava, novena y décima de la demanda reformada.

- b. **Condenar al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.** a pagar a Odicco Ltda., la suma de **ciento noventa y seis millones trescientos treinta y nueve mil ciento y sesenta y dos pesos (\$196.339.162)**, correspondiente al valor en que incurrió Odicco Ltda. como efecto de ejecutar la actividad de tala o traslado de 85 individuos arbóreos del Contrato Obra y la correspondiente actualización con el índice IPC hasta la fecha del laudo, con lo cual prospera la pretensión décima primera de la demanda reformada y parcialmente la décima segunda en tanto que no se concede condena al pago de los intereses moratorios solicitados.
3. Pretensiones relacionadas con el reajuste por la entrega tardía del lote:
- a. **Declarar** que el Patrimonio Autónomo incumplió la obligación prevista en el numeral 5.8 de la cláusula quinta del Contrato de Obra, toda vez que el predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 050S-40659445 ubicado en la TV 15 ESTE 61A-10 sur donde se ejecuta el Proyecto, se entregó de manera incompleta a Odicco el 30 de septiembre de 2015. Con lo anterior prospera la pretensión décima tercera de la demanda reformada.
- b. **Negar** la pretensión décima cuarta de la demanda reformada.
- c. **Declarar** que el predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 050S-40659445, ubicado en la TV 15 ESTE 61A-10 del barrio Arboleda Santa Teresita, de la localidad de San Cristóbal, no fue entregado a tiempo a Odicco Ltda. por el Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A., teniendo en cuenta que la entrega material del predio (parcial) fue hecha solo hasta el día 30 de enero de 2017. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión décima quinta de la demanda reformada, en tanto que no se emite pronunciamiento respecto de la Caja de Vivienda Popular, por carecer el Tribunal de competencia para ello.
- d. **Declarar** que al momento de realizar la entrega del Sector 1, es decir, mediante Acta de Entrega de 30 de enero de 2017, continuaba la presencia

de familias en el Sector 1 y negar que tal presencia imposibilitaba la ejecución de todas las actividades contenidas en las Fases 1, 2, 3 y 4. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión decima sexta de la demanda reformada.

- e. **Declarar** que el Patrimonio Autónomo realizó la entrega total del predio identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 050S-40659445 ubicado en la TV 15 ESTE 61A-10 sur a Odicco Ltda. hasta el día 18 de febrero de 2017. Con lo anterior prospera la pretensión decima séptima de la demanda reformada.
- f. **Declarar** que Odicco Ltda. solicitó a la Interventoría una nueva tasación de los precios definitivos de los 504 apartamentos que debían construirse en el Sector 1 del Proyecto. Con lo anterior prospera la pretensión décima octava de la demanda reformada.
- g. **Declarar** que la Interventoría aprobó los costos por reajuste del salario mínimo entre los años 2015 a 2017 por el valor de \$3.143.405.462 M/CTE. Con lo anterior prospera la pretensión décima novena de la demanda reformada.
- h. **Declarar** que Odicco Ltda. incurrió en gastos adicionales por el *stand-by* de maquinaria alquilada, no obstante lo cual se niega la relación de estos gastos con las Fases 1, 2, 3 y 4 del Sector 1 del Contrato de Obra. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión vigésima de la demanda reformada.
- i. **Condenar al Patrimonio Autónomo denominado Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.** a pagar a Odicco Ltda., la suma de **ciento treinta y seis millones doscientos diecinueve mil cuatrocientos noventa y cuatro pesos (\$136.219.494)**, correspondiente al *stand-by* de maquinaria alquilada durante el periodo comprendido entre el 5 de diciembre de 2016 y el 31 de enero de 2017, y la actualización con el índice IPC hasta la fecha del laudo. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión vigésima primera de la demanda reformada, en tanto que no

se concede condena por: *"El mayor valor derivado de la variación de las cotizaciones que existió entre los años 2015 y 2017, así como el cambio en el costo del IVA"; "El mayor valor derivado de la variación de los salarios mínimos que existió entre los años 2015 y 2017."* *"Los gastos legales incurridos entre los meses de abril de 2017 y marzo de 2017."* y *"Los gastos administrativos incurridos entre febrero y junio de 2017"*. Asimismo prospera parcialmente la pretensión vigésima segunda en tanto que no se concede condena al pago de los intereses moratorios solicitados.

4. Pretensiones relacionadas con los muros de contención realizados:

- a. **Negar** las pretensiones vigésima tercera, vigésima quinta, vigésima novena y trigésima de la demanda reformada.
- b. **Declarar** que la construcción de muros de contención no fue prevista dentro del esquema financiero del Pliego de Condiciones de la Invitación Privada No. 001 de 2015 realizado por el Patrimonio Autónomo. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima cuarta de la demanda reformada.
- c. **Declarar** que durante la ejecución del Contrato de Obra, surgió la necesidad de realizar obras de mitigación al Proyecto, esto es, la construcción de muros de contención como obras adicionales al Contrato de Obra como lo indica el Otrosí No. 6. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima sexta de la demanda reformada.
- d. **Declarar** que la construcción de muros de contención son obras adicionales y necesarias para la correcta ejecución del Contrato Obra. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima séptima de la demanda reformada.
- e. **Declarar** como consecuencia de la construcción de los muros de contención, Odicco Ltda. incurrió en gastos adicionales en la ejecución del Contrato Obra Civil No. CPS-PCVN-3-1-30589-045 de 2015. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima octava de la demanda reformada.

5. Pretensiones relacionadas con los pagos de las Fases 1, 2, 3 y 4:

- a. **Negar** las pretensiones trigésima primera, trigésima cuarta y trigésima quinta de la demanda reformada.
 - b. **Declarar** que el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre la pretensión trigésima segunda de la demanda reformada, por cuanto hace referencia a una situación ajena a la relación contractual objeto de este trámite arbitral.
 - c. **Declarar** que el Patrimonio Autónomo le pagó a Odicco el 26 de marzo de 2018 el 85% del valor de ejecución de las fases 1, 2, 3 y 4 del proyecto, con lo cual prospera parcialmente la pretensión trigésima tercera de la demanda reformada.
6. Pretensiones relacionadas con el movimiento de tierra del sector 1 del Proyecto "La Arboleda Santa Teresita":
- a. **Negar** las pretensiones trigésima sexta, trigésima octava, cuadragésima y cuadragésima primera de la demanda reformada.
 - b. **Declarar** que el Sector 1 del Proyecto fue entregado por el Patrimonio Autónomo a Odicco Ltda. de manera total hasta el 18 de febrero de 2017. Con lo anterior prospera la pretensión trigésima séptima de la demanda reformada.
 - c. **Declarar** que Odicco Ltda. realmente ejecutó la "excavación mecánica material común, cortes de taludes y retiro – Sector 1" de 64.533,41 M3. Con lo anterior prospera la pretensión trigésima novena de la demanda reformada.
 - d. **Declarar** que inicialmente el ítem "relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas" no fue previsto por parte del presupuesto realizado por Odicco. Con lo anterior prospera la pretensión cuadragésima segunda de la demanda reformada.

- e. **Declarar** que el “relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas” era necesario para el mantenimiento y correcta ejecución del Contrato pero que ello formaba parte del alcance del mismo, pero no prospera en lo relativo a que dicho material no forma parte del alcance del objeto del Contrato. Con lo anterior prospera parcialmente la pretensión cuadragésima tercera de la demanda reformada.
 - f. **Declarar** que el “relleno de material proveniente de préstamo de la excavación, mezclado con B-200 para terrazas” fue realizado por parte de Odicco Ltda. Con lo anterior prospera la pretensión cuadragésima cuarta de la demanda reformada.
 - g. **Negar** las pretensiones cuadragésima quinta y cuadragésima sexta de la demanda reformada.
7. Pretensiones relacionadas con el movimiento de tierra del sector 2 del Proyecto por la saturación del terreno ocasionada por lluvias y continuos daños en la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey:
- a. **Declarar** que en virtud del Otrosí No. 6 al Contrato de Obra, Odicco Ltda. realizó obras adicionales de mitigación para la estabilidad del Proyecto, dentro de las cuales se encontraba la construcción de los muros de contención M1-M2-M3-M4-M5-M6-M7-M8-M9-M10-M11. Con lo anterior prospera la pretensión cuadragésima séptima de la demanda reformada.
 - b. **Declarar** que la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey ha presentado diferentes rupturas o fugas de agua desde el 23 de noviembre de 2017 hasta el 29 de junio de 2018. Con lo anterior prospera la pretensión quincuagésima de la demanda reformada.
 - c. **Declarar** que el muro 10 M-10 presentó desplazamientos que han deteriorado la estabilidad de mismo. Con lo anterior prospera la pretensión quincuagésima primera de la demanda reformada.

- d. **Negar** la pretensión cuadragésima octava, únicamente en lo que tiene que ver con el muro M-10, por cuanto la calidad de los demás muros no fue debatida en el proceso.
- e. Negar las pretensiones cuadragésima novena, quincuagésima segunda, quincuagésima tercera y quincuagésima cuarta de la demanda reformada.

B. Sobre las excepciones formuladas en la contestación de la Demanda Principal Reformada

1. Excepciones formuladas respecto de todas las pretensiones:

Negar las excepciones denominadas "Falta de legitimación en la causa por activa", "*Excepción de inejecución*", "*Compensación -pago de lo no debido*" y "*Mala fe en la interposición de las pretensiones-violación del acto propio*".

2. Excepciones formuladas respecto de las pretensiones relacionadas con la elaboración de diseños y construcción de las obras de la red de alcantarillado:

Negar la excepción denominada "Existencia de la obligación de elaborar diseños de las obras de la red de alcantarillado", en lo referente a la red externa.

3. Excepciones formuladas respecto de las pretensiones relacionadas con la tala de árboles:

Negar las excepciones identificadas como "Falta de aprobación de la obra adicional prevista" y "Falta de acaecimiento de la condición suspensiva que da origen a la obligación adicional".

4. Excepciones formuladas respecto de las pretensiones relacionadas con el reajuste por la entrega tardía del lote:

Negar las excepciones denominadas "Aceptación por el contratista de la entrega parcial del inmueble y de la entrega total futura- aceptación del riesgo propuesto por la ocupación mínima del inmueble", "La Convocante procede en contra de sus

actos propios", "Cobro de lo no debido", "Nemo auditur suam turpitudinem allegans" y "Mala fe en el cómputo de los valores reclamados".

5. Excepciones formuladas en relación con las pretensiones relacionadas con los muros de contención:

Declarar que no se emite pronunciamiento sobre la excepción denominada "*Falta de previsión del oferente en relación con las condiciones topográficas del terreno*".

6. Excepciones formuladas en relación con las Pretensiones relacionadas con los pagos de las Fases 1, 2, 3 y 4:

Declarar que no se emite pronunciamiento sobre las excepciones denominadas "*Ausencia de las condiciones de exigibilidad para el pago – incumplimientos del Contratista- Pago realizado por la Convocada en los términos del Otrosí 9*".

7. Excepciones formuladas en relación con las Pretensiones relacionadas con el movimiento de tierra del sector 2 del Proyecto por la saturación del terreno ocasionada por lluvias y continuos daños en la tubería de la red matriz de la EAAB Quindío-Juan Rey:

Declarar que no se emite pronunciamiento sobre las excepciones denominadas "*Ausencia de las condiciones de exigibilidad para pago*", "*Nemo auditur suam turpitudinem allegans.*", y "*Excepción Genérica*".

C. Sobre las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada

- a. **Declarar** que Odicco Ltda. incumplió las Fases iniciales del contrato de Obra porque proyectó un inexacto presupuesto de obra. **Negar** que Odicco Ltda. incumplió las fases iniciales del Contrato de Obra por haber realizado estudios y diseños deficientes. Con lo anterior prosperan parcialmente las pretensiones primera principal y primera subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada.

- b. **Negar** las pretensiones segunda principal y segunda subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada.
- c. **Declarar** que Odicco Ltda. no cumplió con los plazos pactados en el Contrato para la ejecución de las Fases 1, 2, 3 y 4. Con lo anterior prospera la pretensión tercera principal de la Demanda de Reconvención Reformada y en tal medida no se emite pronunciamiento sobre la pretensión tercera subsidiaria.
- d. **Negar** las pretensiones cuarta principal y subsidiaria, quinta principal y quinta subsidiaria, sexta principal y sexta subsidiaria, séptima principal y séptima subsidiaria, y octava principal de la Demanda de Reconvención Reformada.
- e. **Declarar** que las Partes previeron expresamente, en aplicación de la cláusula décima primera del *Contrato de Obra*, una cláusula penal a cargo del Contratista por su incumplimiento, incluso parcial, de cualquiera de las obligaciones a su cargo. Con lo anterior prospera la pretensión octava subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada.
- f. **Negar** las pretensiones novena principal y novena subsidiaria de la Demanda de Reconvención Reformada.

D. Sobre las excepciones formuladas en la contestación de la Demanda de Reconvención Reformada.

Negar las siguientes excepciones:

- i. Primera: Incumplimiento del principio de planeación y del deber de información por parte del Patrimonio Autónomo.
- ii. Cuarta excepción: Excepción de Contrato no cumplido por falta de cumplimiento de la obligación de pago por parte del Patrimonio Autónomo por no pagar en su totalidad los productos recibidos.
- iii. Quinta excepción: Inexistencia de incumplimiento de la obligación en cabeza de Odicco de ejecutar las Fases 1, 2, 3 y 4 del Proyecto, pues los productos

fueron entregados oportunamente, recibidos por la Interventoría y pagados por el Patrimonio Autónomo.

- iv. Séptima excepción: Violación del acto propio. El Patrimonio Autónomo y la CVP aprobaron los productos correspondientes a las Fases 1, 2, 3 y 4, y procedieron a hacer el correspondiente pago, sin reservas, observaciones o salvedades.
- k. **Declarar** que no se emite pronunciamiento sobre las excepciones denominadas *"El Contrato de Obra bajo la modalidad a precio global no impide el reconocimiento de los mayores costos incurridos por Odicco durante la ejecución del Contrato 045 de 2012"; "Inexistencia de incumplimiento de la Fase 5 porque el Patrimonio Autónomo aceptó las entregas parciales de obra del Proyecto"; "Excepción de Contrato no cumplido por falta de cumplimiento de la obligación de pago por parte del Patrimonio Autónomo por no pagar en su totalidad los productos recibidos"; "Inexistencia de incumplimiento de la obligación de trámite y obtención de las licencias urbanísticas, pues es de medio y no de resultado que se agota con la presentación de la solicitud de licencia ante la Curaduría Urbana y con el seguimiento del trámite, y porque el Contratante asumió el riesgo de la demora en el trámite de licencias"; "Inexistencia de incumplimiento de la exigencia de la prospección arqueológica por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia –ICANH por violación de los deberes de planeación a cargo del Patrimonio Autónomo y buena fe de Odicco en cuanto a la necesidad de esos documentos"; "La contradicción de la cláusula penal del Pliego de Condiciones y la cláusula penal del Contrato de Obra debe ser resuelta a favor de esta última" y "Aplicación del principio de proporcionalidad en la tasación del valor de la cláusula penal."*

E. Sobre los juramentos estimatorios contenidos en la Demanda Principal Reformada y en la Demanda de Reconvención Reformada.

Abstenerse de imponer sanciones derivadas del artículo 206 del Código General del Proceso.

F. Sobre las costas del proceso.

Abstenerse de imponer condena en costas y en tal virtud se **niegan** las pretensiones décima principal, décima subsidiaria y décima primera identificada como subsidiaria, de la Demanda de Reconvención Reformada.


G. Sobre el pago de las condenas.

- a. **Ordenar** que las condenas impuestas en este Laudo a cargo del **Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.** sean pagadas a más tardar el décimo día hábil siguiente a la ejecutoria del mismo.
- b. **Ordenar** que en caso de mora en el pago de las condenas impuestas en este Laudo, el **Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.** deberá pagar intereses moratorios a favor de **Odicco Ltda.** a la máxima tasa moratoria autorizada por la ley.

H. Sobre aspectos administrativos.


- a. Ordenar la liquidación final de las cuentas de este proceso y la devolución a las Partes de cualquier remanente de la partida de "Gastos", si a ello hay lugar.
- b. Ordenar la expedición de copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley.
- c. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

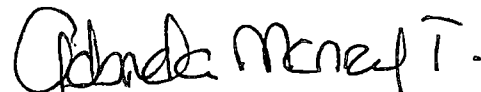
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Felipe Cuberos De Las Casas
Presidente

Tribunal Arbitral de
Odicco Ltda
Contra
Patrimonio Autónomo Fideicomiso Proyecto Construcción Vivienda Nueva administrado por Fidubogotá S.A.


Alvaro Mendoza Ramirez
Árbitro


Manuel Urueta Ayola
Árbitro


Gabriela Monroy Torres
Secretaria